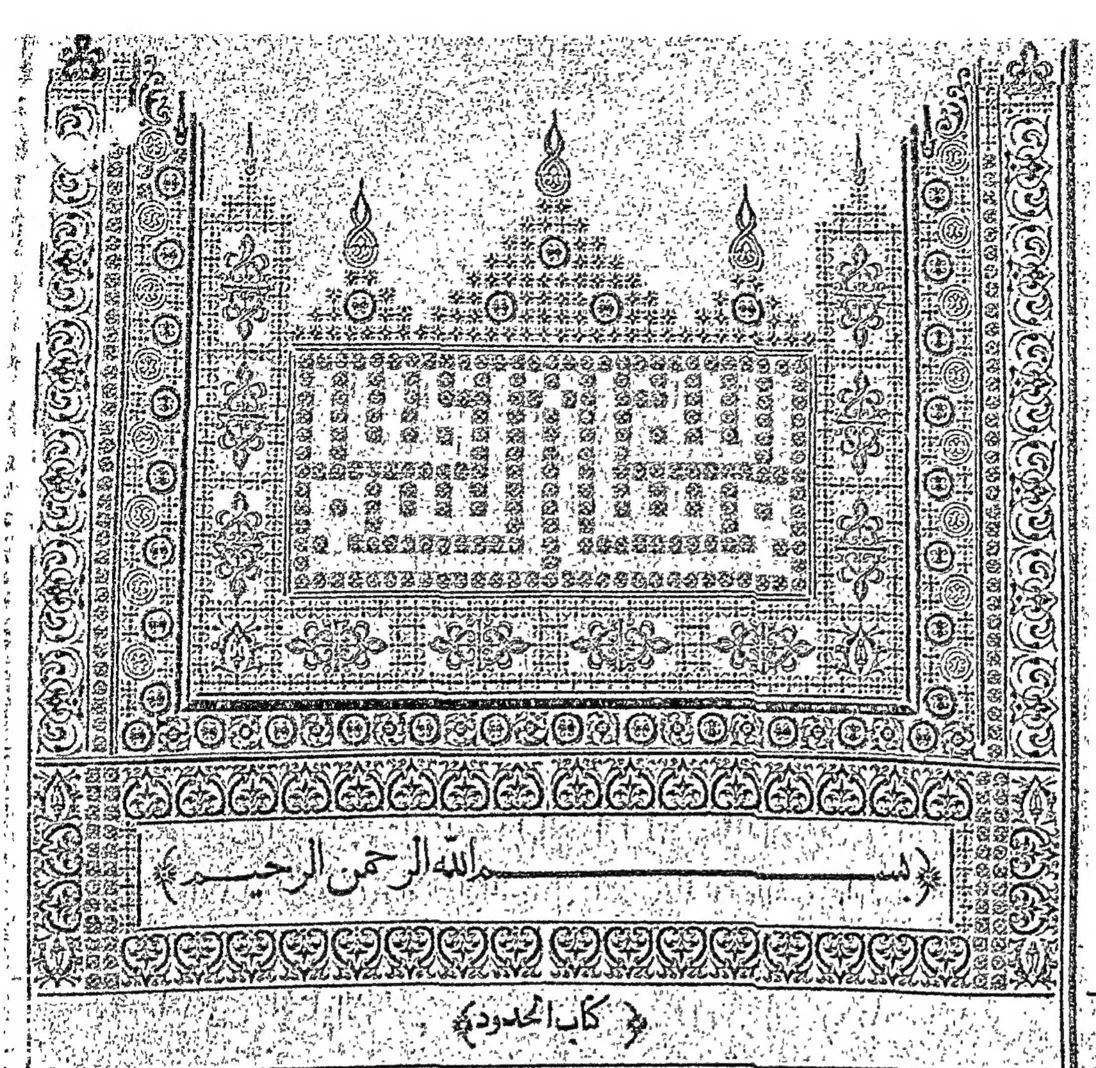


﴿ كتاب الحدود ﴾

لما كانت اليمين للمنع فى أحد نوعيها ناسب أن يذكر الحدود عقيبها لان الحد فى اللغة المنع ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول والسجان حدادا لمنعه عن الخروج وحدود الديار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وسمى اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشئ ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة حدودا لانها موانع من ارتكاب أسبابها معاودة وحدود الله محارمه لانها ممنوع عنها ومنه تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله أيضا احكامه لانها تمنع من التخطى الى ماوراءها ومنه حدود الله فلا تعتدوها ولان كفارة اليمين دائرة بين العقوبة والعبادة فناسب أن يذكر العقوبات المحضة بعدها (قوله الحد عقوبة مقدرة لله تعالى) بيان لمعناه شرعا فخرج التعزير لعدم التقدير ولا ينافيه قولهم ان أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون سوطا لان ما بين الاقل والاكثر ليس بمقدر ولانه يكون بغير الضرب وخرج القصاص لانه حق العبد فلا يسمى حدا اصطلاحا على المشهور وقيل يسمى به فهو العقوبة المقدرة شرعا فهو على هذا قسمان قسم يصح فيه العفو وهو القصاص وقسم لا يصح فيه وهو ماعداه وعلى الاول المشهور الحد لا يقبل الاسقاط مطلقا بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعلى هذا ينبنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع فى المخزومية التى سرقت فقال أتشفع فى حد من حدود الله تعالى وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه لان الحد لم يثبت

كذا

﴿ كتاب الحدود ﴾

الحد عقوبة مقدرة لله تعالى

﴿ كتاب الحدود ﴾

كذا في فتح القدير والتحقيق ان الحدود موانع قبل الفعل زواجر بعده أي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعه بعده يمنع من العود اليه فهي من حقوق الله تعالى لانها شرعت لمصلحة تعود الى كافة الناس فكان حكمها الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ففي حد الزنا صيانة الانساب وفي حد السرقة صيانة الاموال وفي حد الشرب صيانة العقول وفي حد القذف صيانة الاعراض فالحدود أربعة وما في البدائع من انها خمسة وجعل الخامس حد السكر فلا حاجة اليه لان حد السكر هو حد الشرب كمية وكيفية وان اختلف السبب واختلف العلماء رحمهم الله في ان الطهرة من الذنب من أحكامه من غير توبة فذهب كثير من العلماء الى ذلك وذهب أصحابنا الى انها ليست من أحكامه فاذا أقيم عليه الحد ولم يتب لم يسقط عنه اثم تلك المعصية عندنا عملا بآية قطاع الطريق فانه قال تعالى ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فان اسم الاشارة يعود الى التقتيل أو التصليب أو النفي فقد جمع الله تعالى بين عذاب الدنيا والآخرة عليهم وأسقط عذاب الآخرة بالتوبة فان الاستثناء عائد اليه للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا واما ما رواه البخاري وغيره مرفوعا ان من أصاب من هذه المعاصي شيأ فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب منها شيأ فستره الله فهو الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عاقبه فيجب حمله على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه سبب فعله فتقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظني مع معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس كذا في فتح القدير وقد يقال اذا كان الاستثناء في الآية عائدا الى عذاب الآخرة لم يبق لقوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم فائدة لان التوبة ترفع الذنب قبل الاخذ والقدرة عليهم وبعدها فالظاهر انه راجع الى عذاب الدنيا لما سيأتي ان حد قطاع الطريق يسقط بالتوبة قبل القدرة عليهم وانما يبقى حق العباد عليهم من القصاص ان قتلوا والقطع ان أخذوا المال فصح العفو عنهم بخلافها بعد القدرة فانها لا تسقط حق الله تعالى حتى لا يصح عفو أولياء المقتولين واستدل الزيلعي على عدم كونه مطهرا من الذنب بانه يقام على الكافر ولا مطهر له اتفاقا وزاد بعضهم ويقام على كره ممن أقيم عليه الحد والثاني ليس بشئ لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره وان لم يصبر كما نص عليه الامام الشافعي والحاصل ان الواجب على العاصي في نفس الامر التوبة فيما بينه وبين الله تعالى والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب اقامة الحد على الامام ولا يمتنع من اقامته بسبب التوبة وفي الظهيرية رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب الى الله تعالى فانه لا يعلم القاضي بفاحشته لاقامة الحد عليه لان الستر مندوب اليه اهـ (قوله والزنا وطء في قبل خال عن الملك وشبهته) بيان لمعناه الشرعي واللغوي فانهما سواء فيه وخرج الوطء في الدبر وخرج وطء زوجته وأمته ومن له فيها شبهة ملك ودخل وطء الاب جارية ابنه فانه زنا شرعي بدليل انه لا يحد قاذفه بالزنا وان لم يجب الحد عليه والمراد وطء الرجل فخرج الصبي لكن يرد عليه المرأة فان فعلها ليس وطأ وانما هو تمكين منه والجواب ان تسميتها زانية مجاز والكلام في الحقيقة

(قوله وقد يقال ان كان الاستثناء الخ) قال في النهر التحقيق ان الاستثناء راجع الى عذاب الدنيا والآخرة حتى لو مات قبل القدرة عليه بعدما أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ شيأ سقط عنه حد الدنيا والعقاب ٣ في الآخرة أما لو أخاف الطريق وتاب بعدما أخذ لا يسقط عنه حد الدنيا كما سيأتي وبهذا ظهر فائدة التقييد بما قبل القدرة وقول الشارح ان الاستثناء ينصرف الى ما قبله من الجمل لاتحاد جنسها فيرتفع الكل بالتوبة ورجع الى ما يليه في آية القذف لمغايرتها لما قبلها فكانت فاصلة اهـ ويريد بارتفاع الكل المجموع لما قدمناه من انه لو قتل أو أخذ المال وتاب لا يسقط عنه واحد منهما سواء تاب قبل الاخذ أو بعده اهـ

والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته

قلت وفي حمله الكل على المجموع نظر ظاهر لان الكلام في سقوط الحد ولا شبهة في سقوطه فيما لو قتل أو أخذ المال ثم تاب قبل القدرة عليه وانما لا يسقط القتل والضمان لكونه حق عبد حتى لو عفا عنه صح كما يأتي (قوله والقطع ان أخذوا المال) صوابه والضمان بدل قوله والقطع وعبارته في باب قطاع الطريق الثانية لو قتل فتاب قبل الاخذ لا حد لان هذه الجناية لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص أو لان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده أو استهلكه كذا في الهداية اهـ (قوله والجواب ان تسميتها زانية مجاز والكلام في الحقيقة) اعلم انه لما كانت

المرأة تحد حد الزنا وقد سماها الله تعالى زانية في قوله تعالى الزانية والزاني علم انها تسمى زانية حقيقة ولا يلزم من كونها لا تسمى واطئة انها زانية مجازا ولذا زاد في التعريف تمكينها حتى يدخل فعلها في المعرف وهو الزنا الموجب للحد فلو لم يكن تمكينها زنا حقيقة لما احتيج الى ادخاله في التعريف وهو أيضا أمارة كونها زانية حقيقة وان لم تكن واطئة كما ان الرجل يسمى زانيا حقيقة بالتمكين وان لم يوجد منه الوطء حقيقة وبه سقط ما في البحر من ان تسميتها زانية مجاز فافهم اهـ يقول الفقير جامع هذه الحواشي هذه المقولة لم أرها بخط شيخنا على هامش البحر هنا وانما أفادها في حاشيته على الدر المختار فليحفظ فرحمه الله تعالى على ممر الازمان على تحقيقه الفريد في كل مكان (قوله ولم يقصد المصنف تعريف الزنا الموجب للحد الخ) قال في النهر أنت خبير بان نقض الطرد انما يتم بتقدير كون التعريف للزنا الموجب للحد ولا نسلمه بل هو للزنا الشرعي ولا يرد زنا المرأة بالعكس لانه ليس زنا حقيقة ولا يخفى ان تمكينه ٤ يرد على العكس ولو أريد به الشرعي الا أن يراد بالوطء كون الحشفة في قبل مشتهاة والحق ان هذا التعريف للزنا الموجب للحد وتلك الشروط المزيدة خارجة عن الماهية وقد مر نظيره ثم رأيت الرازي قال بعد ذكر تعريف المصنف وأما كون الزاني مكلفا طائعا وكون الزانية مشتهاة فشرط لاجراء الحكم عليهما وقول الشارح لو عرفه بما قال لكان أتم أي أوفى بالشروط نعم بقي انه لابد من كونه في دار الاسلام حتى لو زنى في دار الحرب لاحد عليه كما سيأتي وهذا الشرط أومأ اليه المصنف بقوله ومكانه (قوله وتعقبه في فتح القدير الخ) ذكره في الفتح في الباب الآتي عند قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت انها تحل لي حد قال أي ان علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام الى آخر ما ذكره المؤلف وقد أقر هذا التعقب في الرمز والنهر والمنح والشرنبلالية ونازع فيه بعضهم بما مر عن عمر كيف والباب تدرأ فيه الشبهات ولعل مسئلة الحربي على قول من لم يشترط العلم تامل قلت وقد ذكر المحقق في تحريره الاصولي الفرع المذكور وقال هنا في المحيط وغيره مشكل وقال شارحه العلامة ابن أمير حاج بعد نقله عبارة المحيط ما نصه غير ان ظاهر قول المبسوط عقب هذا الاثر فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الاحكام اهـ يشير الى ان هذا الظن في هذا الزمان لا يكون شبهة معتبرة لاشتهار الاحكام فيه ولكن هذا انما يكون مفيدا للعلم بالنسبة الى الناشئ في دار الاسلام والمسلم المهاجر المقيم بها مدة يطلع فيها على ذلك وأما المسلم المهاجر اليها الواقع منه ذلك في فور دخوله فلا وقد قال المصنف في شرح الهداية ونقل في اشتراط

ولم يقصد المصنف تعريف الزنا الموجب للحد كما توهمه الزيلعي فانه لو كان كذلك لا تقض التعريف طردا وعكسا اما انتقاضه طردا فانه يوجد في المجنون والمكره وفي وطء الصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة وفي دار الحرب ولا يجب الحد في هذه المواضع وهو زنا شرعي واما انتقاضه عكسا فبزنا المرأة فان الحد انتفى ولم ينتف المحدود وهو الزنا الموجب للحد فالزنا الموجب للحد هو وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين والوطء هو ادخال قدر الحشفة من الذكر في القبل أو الدبر وبهذا عرف ان تعريف الزيلعي الزنا الموجب للحد بانه وطء مكلف في قبل المشتهاة خال عن ملكه وشبهته عن طوع ليس بتام وان قال انه أتم كما لا يخفى وزاد في المحيط ان من شرائطه العلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة وأصله ما روى سعيد بن المسيب ان رجلا زنى باليمن فكتب في ذلك عمر رضي الله عنه ان كان يعلم ان الله تعالى قد حرم الزنا فاجلدوه وان كان لا يعلم فعلموه فان عاد فاجلدوه ولان الحكم في الشرعيات لا يثبت الا بعد العلم فان كان الشيوع والاستفاضة في دار الاسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من ايراث شبهة لعدم التبليغ اهـ وبه علم ان الكون في دار الاسلام لا يقوم مقام العلم في وجوب الحد كما هو قائم مقامه في الاحكام كلها وتعقبه في فتح القدير بان الزنا حرام في جميع الاديان والملل فالحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال ظننت انه حلال يحد ولا يلتفت اليه وان كان فعله أول يوم دخوله فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلي انه لا يعلم حرمة الزنا انه لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو انه أراد ان المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه

لامعنى لكونه واجبا فى نفس الامر لانه يكفيه فيما بينه و بين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب على الامام اقامة الحد اه وهو مقصور فى اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التى جاء بها القرآن ويمد فى لغة نجد والمراد بالملك هنا الاعم من ملك العين ومن ملك حقيقة الاستمتاع ودخل تحت شبهة الملك حق الملك وشبهة النكاح وشبهة الاشتباه وقد فصلها فى البدائع فقال العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا اه وفى الظهيرية والذى يجن و يفيق اذا زنا فى حال افاقته أخذ بالحد وان قال زنيت فى حال جنونى لا يحد كالبالغ اذا قال زنيت فى حال الصبا (قوله و يثبت بشهادة أربعة بالزنا لا بالوطء والجماع) أى يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة أربعة من الرجال يشهدون بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان فى اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه بقوله عليه السلام من ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة والاشاعة ضده فعلى هذا فالشهادة بالزنا خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك ويجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد بالزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض عن المعاصى والفواحش وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين و بالزجر لهم فاذا أظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم مبالاته فاخلاء الارض حينئذ بالحدود وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى واداء الشهادة بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها و يحل منه ما يحل منها وسيأتى فى الشهادات انه لا بد من الذكورة فى الشهود لادخال التاء فى العدد فى المنصوص وأطلقهم فشمل ما اذا كان الزوج أحدهم خلافا للشافعى هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد وقيده فى الظهيرية بان لا يكون الزوج قذفها فلو كان قد قذفها وشهد بالزنا ومعه ثلاثة حد الثلاثة للقذف وعلى الزوج اللعان لان شهادة الزوج لم تقبل لمكان التهمة لانه بشهادته يسعى فى دفع اللعان عن نفسه اه فعلى هذا لو قال بعض الشهود ان فلانا قد زنى أو قال له زنيت ثم جاء وشهد عند القاضى لا تقبل شهادته لما ذكر فى الزوج وفى المحيط ولو شهدوا على المرأة أحدهم زوجها بالزنا بابن زوجها مطاوعة لا تجوز شهادة الزوج دخل بها أو لم يدخل لوجود التهمة لانه ربما يريد اسقاط المهر قبل الدخول واسقاط النفقة بعد الدخول و يحد الثلاثة ولا يحد الزوج اه ولا بد من اتحاد المجلس لصحة الشهادة حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم لقول عمر رضى الله عنه لو جاؤا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم وفى الظهيرية لو جاؤا متفرقين يحدون حد القذف ولو جاؤا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام الى القاضى واحد بعد واحد قبلت شهادتهم وان كان خارج المسجد حدوا جميعا اه وانما اشترط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطء والجماع وظاهر كلام المصنف أنه لا يقوم لفظ مقام لفظ الزنا فلو شهدوا أنه وطئها وطأ محرما لا يثبت به وأشار بقوله بالزنا الى أنه لو شهد رجلان أنه زنى وآخران أنه أقر بالزنا فانه لا يحد قال فى الظهيرية ولا تحد الشهود أيضا وان شهد ثلاثة بالزنا وشهد الرابع على الاقرار بالزنا فعلى الثلاثة الحد اه لان شهادة الواحد

ويثبت بشهادة أربعة بالزنا لا بالوطء والجماع

العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء اه وهو مفيد ان جهله يكون عذرا واذا لم يكن عذرا بعد الاسلام ولا قبله فتى يتحقق كونه عذرا واما نفى كونه عذرا فى حالة الكفر لتقصيره فى الطلب لمعرفة هذا الحكم فى تلك الحالة كما تقدم فمحل نظر وحينئذ فالفرع المذكور هو المشكل فليتأمل اه (قوله لانه لا معنى لكونه واجبا فى نفس الامر) تمام عبارة الفتح هكذا الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزانى أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه فى نفس الامر بينه و بين الله تعالى التوبة والانابة الخ (قوله وشبهة الاشتباه) هذا مقيد بأن يدعى الحل كما سيأتى متنا فى الباب التالى (قوله وظاهر كلام المصنف انه لا يقوم لفظ مقام لفظ الزنا) هذا فى غير الوطء والجماع أما فيهما فكلام المصنف صريح فى عدم قيامهما مقام الزنا كما لا يخفى

على الاقرار لا تعتبر فيه كلام الثلاثة قذفا (قوله فيسألهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية) أي سأل الحاكم الشهود عن ماهيته أي ذاته وهو ادخال الفرج في الفرج لاحتمال أنهم عنوا غير الفعل في الفرج كما قال عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر الحديث ومن الناس من يظن كل وطء حرام زنا يوجب الحد وظاهر كلامهم أنه ليس المراد بالماهية الحقيقة الشرعية كما بيناه والكيفية هي الطواعية والكراهية وعن المكان لاحتمال أنه زنا في دار الحرب فلا حد عليه وعن الزمان لجواز تقادم العهد ولجواز أنه زنا في زمن صباه وعن المزنية لجواز أن تكون جارية ابنه أو أمة مكاتبه فليستقص القاضي في ذلك احتيالا لدرء الحد وفي فتح القدير وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبيا أو مجنونا بان مكنت أحدهما فانه لا حد عليها عند الامام اه وأشار المصنف الى أنه لو سألهم فلم يزيدوا على قولهم أنهما زنيا فلا حد على المشهود عليه قالوا ولا على الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون ولو بين ثلاثة ولم يزدوا احد على الزنا لا يحد وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال أشهد أنه زان فسئل عن صفته ولم يصفه أنه يحد يحمل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة كذا في فتح القدير والى أنهم لو شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لا يحد قال في المحيط لا يحد وان قال ليست بامرأتي وان أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد لانه غير متهم في الاقرار على نفسه لانه عارف بحاله بخلاف الشاهد لانه متهم اه وفي الخانية شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها ثم قالوا بفلانة لا يحد الرجل ولا الشهود اه (قوله فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به) لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضي والمكحلة بضم الميم والحاء وقولهم وطئها كالميل في المكحلة راجع الى بيان الكيفية وهو زيادة بيان احتيالا للدرء والا السؤال عن ماهيته كاف مع أن ظاهر كلامهم أن الحكم موقوف على بيانه ولم يكتف هنا بظاهر العدالة اتفاقا بان يقال هو مسلم ليس بظاهر الفسق احتيالا للدرء بخلاف سائر الحقوق عند الامام وسيأتي في بيان التعديل سرا وعلانية ان شاء الله تعالى وحاصل التعديل سرا ان يبعث القاضي ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة وحاصل التعديل علانية أن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد فيقول هذا هو الذي زكيته وفي فتح القدير واعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت هنا قالوا ويحبسه هنا حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما ينبني على الدرء وليس حبسه للاحتياط بل للتهمة بطريق التعزير بخلاف الديون لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لان الحبس أقصى عقوبة فيها فلا يجوز أن يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة أخرى أغلظ منه (قوله وباقراره أربعا في مجالسه الاربعة كلما أقر رده) معطوف على بالبينة أي يثبت الزنا باقراره وقدم الثبوت بالبينة عليه لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولانها

فيسألهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به وباقراره أربعا في مجالسه الاربعة كلما أقر رده

(قوله حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم) هكذا في الفتح وفيه مخالفة لما مر من قوله في علة سؤالهم عن الزمان لجواز تقادم العهد ولما يأتي أيضا قريبا وما يأتي متنا في باب الشهادة على الزنا انها تسقط بالتقادم ولم أر من نبه على هذا المحل ثم رأيت الرملي نبه عليه في حاشية المنح حيث وقع فيها كما هنا فقال المقرر ان التقادم يمنعها دون الفرار وكما يمنع التقادم قبول الشهادة في الابتداء فكذا يمنع الاقامة بعد القضاء فتأمل

متعديه والاقرار قاصر وللاقرار شرطان أحدهما أن يكون صريحا فلو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة وكذا الشهادة على الاخرس لا تقبل لاحتمال أنه يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى فانه يصح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين وعلى هذا فيزاد في تعريف الزنا الموجب للحد بعد قوله مكلف ناطق لما علمت أن الاخرس لا حد عليه لا باقراره ولا ببينة الثاني أن لا يظهر كذبه في اقراره فلو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أوهي أقرت باخرس لا حد على واحد منهما كذا في فتح القدير ولا بد أن يكون اقراره في حالة الصحو لما في المحيط السكران اذا سرق أو زنى في حال سكره يحد ولو أقر بالزنا أو بالسرقة لا يحد لان الانشاء لا يحتمل الكذب والاقرار يحتمل الكذب فاعتبر هذا الاحتمال في حال سكره في الاقرار بالحد لا غير اه ولا بد من أن لا يكذبه الآخر فان أقر الرجل بالزنا بفلانة فكذبته درئ الحد عن الرجل سواء قالت انه تزوجني أو لا أعرفه أصلا ويقضي بالمهر عليه ان ادعته المرأة وان أقرت المرأة بالزنا بفلان وكذبها الرجل فلا حد عليها أيضا عند الامام خلافا لهما في المسئلتين كذا في الظهيرية وفي المحيط أصله أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه عليها لا يجب على الرجل بالاجماع ومتى لم يجب على الرجل أصلا لم يجب على المرأة بالاجماع وان انعقد فعله موجبا للحد لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عنده خلافا لهما اه ولم يشترط المصنف بلوغ المقر وعقله كما في الهداية لانهما شرط الكل تكليف وليس من شرطه الحرية فصح اقرار العبد بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد وان كان مولاه غائبا وكذا القطع والقصاص وفرق أبو حنيفة ومحمد بين حجة البينة وحجة الاقرار ولو قال العبد بعد ما أعتق زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد كذا في الظهيرية وانما شرطنا تكرار الاقرار أربعا لحديث ماعز أنه عليه السلام أخر اقامة الحد عليه الى أن تم اقراره أربع مرات في أربع مجالس فلهذا قلنا لا بد من اختلاف المجالس لان لاتحاده أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه والعبرة لمجلس المقر لانه قائم به دون مجلس القاضي وفسر محمد المجالس المتفرقة أن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي وينبغي للامام أن يزجره عن الاقرار ويظهر له الكراهية من ذلك ويأمر بابعاده عن مجلسه في كل مرة لانه عليه السلام فعل كذلك وفي الظهيرية ولو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة فانه يحد اه وأشار المصنف باقتصاره على البينة والاقرار الى أن الزنا لا يثبت بعلم القاضي وكذلك سائر الحدود الخالصة كذا في الذخيرة والى أن الاقرار والشهادة لا يجتمعان فلذا قال في الظهيرية والذخيرة أربعة فسقة شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة لا يحد ولو كان الشهود عدولا ذكر شمس الائمة السرخسي أنه يحد وذكر غيره من المشايخ أن على قول محمد يحد وعلى قول أبي يوسف لا يحد اه (قوله وسأله كما مر فان بينه حد) أي سأل الحاكم المقر عن الاشياء الخمسة المتقدمة للاحتمالات المذكورة فان بين المسؤل عنه

(قوله ولو أقر أنه زنى بخرساء أوهي أقرت إلخ) قال في النهر قيل يشكل عليه ما لو أقر أنه زنى بغائبة حيث يحد استحسانا لان انتظار حضورها لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التأخير بهذا الاحتمال فيحتاج الى الفرق اه وفي حاشية أبي السعود قال شيخنا تغمده الله برحمته قد صرح الزيلعي في الباب الآتي بالفرق حيث قال بخلاف ما اذا أقر أنه زنى بغائبة أو شهدوا عليه بذلك حيث يحد وان احتمل أن ينكر الغائب الزنا أو يدعي النكاح لانه لو حضر وأنكر الزنا أو ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة اه قال ثم ظهر لي انه لا يصلح فارقا لان شبهة الشبهة ثابتة في المسئلتين اذ دعوى الخرساء على فرض نطقها ما يسقط الحد هو الشبهة وجواز انها لو تكلمت أبدته شبهة الشبهة فكان الاحتياج الى ابداء الفرق باقيا اه بلفظه وذكر في الجوهرة ان القياس عدم الحد لجواز ان تحضر فتجحد فتدعي حد القذف أو تدعي نكاحا فتطلب المهر وفي حده ابطال حقها والاستحسان أن يحد لحديث ماعز انه حد مع غيبة المرأة وتمامه فيه وحاصله انه ترك القياس للدليل فلا يقاس عليه ما لو زنا بخرساء لو روده على خلاف القياس وبه يندفع الاشكال والله تعالى أعلم (قوله ومتى لم يجب على الرجل أصلا لم يجب على المرأة) سيأتي عند قول المصنف وبزنا صبي أو مجنون انه منقوض بزنا المكره بالطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة اه لكن احترز هنا عن الاول

وسأله كما مر فان بينه حد

وجب الحد وظاهر كلامه أنه يسأله عن الزمان والمزنى بها وهذا هو الاصح لاحتمال أنه زنى فى صباه أو زنى بجارية ابنه وهو لا يعلمها وليس فائدة السؤال عن الزمان منحصرة فى احتمال التقادم وهو مضر فى الشهادة دون الاقرار لان له فائدة أخرى وهو احتمال وجوده فى زمن الصبا ولو سئل عن المزنى بها فقال لا أعرفها فقدمنا أنه يحد وكذا اذا أقر بالزنا بفلانة وهى غائبة فانه يحد استحسانا بخلاف ما اذا كذبته لما قدمناه وأشار بسؤال الامام الى أنه لا يعتبر اقراره عند غير الحاكم لانه لا ولاية له فى اقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة بذلك عليه لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار كذا فى التبيين وبهذا علم أن البينة على الاقرار لا تقبل أصلا (قوله فان رجع عن اقراره قبل الحد أو فى وسطه خلى سبيله) لان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه فتحقق الشبهة بالاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع أطلق فى الرجوع فشمل الرجوع بالقول أو بالفعل كما اذا هرب كما فى الحاوى وقيد بالاقرار لانه لو ثبت الزنا بالبينة فهرب فى حال الرجم اتبع بالحجارة حتى يقضى عليه كذا فى الحاوى وانكار الاقرار رجوع كانكار الردة توبة قال فى الخانية رجل أقر عند القاضى بالزنا أربع مرات فامر القاضى برجمه فقال والله ما أقررت بشئ يدرأ عنه الحد اه وكذا يصح الرجوع عن الاقرار بالاحصان لانه لما صار شرطا للحد صار حق الله تعالى فصح الرجوع عنه لعدم المكذب كذا فى الكشف الكبير من بحث العلامة وقد ظهر بما ذكرنا أنه يصح الرجوع عن الاقرار بالحدود الخالصة كحد الشرب والسرقة (قوله وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) لحديث ماعز فى البخارى لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت وقال فى الاصل ينبغى أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة والمقصود أن يلقنه بما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال عليه السلام للسارق الذى جئ به اليه أسرقت وما أخاله سرق أى وما أظنه سرق تلقينا له ليرجع وبهذا علم أن الزانى لو ادعى أنها زوجته سقط الحد عنه وان كانت زوجة للغير ولا يكلف اقامة البينة للشبهة كما لو ادعى السارق أن العين مملوكة له سقط القطع بمجرد دعواه وفى المحيط لو تزوج المزنى بها أو اشتراها لا يسقط الحد فى ظاهر الرواية لانه لا شبهة له وقت الفعل (قوله فان كان محصنا رجمه فى فضاء حتى يموت) لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد كان أحصن وقال فى الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعى وان أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم والآحاد فى تفاصيل صوره وخصوصياته كذا فى فتح القدير وانما يرجم فى الفضاء لحديث البخارى ان ماعزا رجم بالمصلى وفى مسلم فانطلقنا به الى بقيع الغرقد فان المصلى كان به وهو مصلى الجنائز وفى المحيط المقضى برجمه اذا قتله انسان أو فقأ عينه لا شئ عليه ولو قتله قبل القضاء يجب القصاص ان كان عمدا والدية ان كان خطأ (قوله يبدأ الشهود به) أى بالرجم يعنى على وجه الشرط ولو بحصاة صغيرة هكذا روى عن على رضى الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان فى بدايته احتيال للدرء وقال الشافعى لا يشترط بدايتهم اعتبارا بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع

فان رجع عن اقراره قبل الحد أو فى وسطه خلى سبيله وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة فان كان محصنا رجمه فى فضاء حتى يموت يبدأ الشهود به

بقوله وان انعقد الخ تأمل (قوله وبهذا علم ان البينة على الاقرار لا تقبل أصلا) أى الا فى سبع ذكرها فى الاشباه (قوله وبهذا علم الخ) فى كافى الحاكم رجل تزوج فزفت له أخرى فوطئها قال لا حد عليه ولا على قاذفه رجل فجر بامرأة ثم قال حسبتها امرأتى قال عليه الحد وليست هذه كالاولى لان الزفاف شبهة ألا ترى انها ان جاءت بولد ثبت نسبه منه وان جاءت هذه التى فجر بها بولد لم أثبت نسبه منه اه ويمكن أن يفرق بين هذه وبين التى ذكرها المؤلف بان التى ذكرها المؤلف هو جازم بانها امرأته الى الآن بخلاف قوله حسبتها امرأتى فانه يفيد انه الآن مقر بانها ليست امرأته وانما ظنها وقت الفعل فليتأمل ثم رأيت فى التتارخانية عن شرح الطحاوى لو شهد عليه أربعة بالزنا ثم ادعى

مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف (قوله فان أبوا سقط) أي ان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط ولا يجب الحد عليهم لو امتنعوا لانه دلالة الرجوع لا صريحه وامتناع البعض أو غيبته كالكل وكذا اذا خرج بعض الشهود عن الاهلية بارتداد أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف سواء كان قبل القضاء أو بعده لان الامضاء من القضاء في الحدود واما قطع اليدين فان كان بعد الشهادة امتنعت الاقامة وان كان القطع قبلها رمى القاضي بحضرتهم لانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم تستحق البداءة بهم وان قطعوا بعدها فقد استحقت وهذا يفيد ان كون الابتداء بهم شرطا انما هو عند قدرتهم على الرجم وفي الظهيرية وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون الرمي وقد حضروا رمى القاضي ثم رمى الناس وقال أبو يوسف يقام عليه الرجم وان لم يحضر الشهود وان حضروا ولم يرجموا رجم الامام ثم الناس وقيد المصنف بالرجم لان ما سوى الرجم من الحدود لا يجب الابتداء لا من الشهود ولا من الامام وكذا في الظهيرية (قوله ثم الامام ثم الناس) هكذا روي عن علي رضي الله عنه وأرضاه ويقصدون بذلك مقتله الا من كان منهم ذا رحم محرم منه فانه لا يقصد مقتله فان بغيره كفاية كذا في التبيين وغيره وظاهره انه يرجمه ولا يقصد مقتله مع ان ظاهر ما في المحيط انه لا يرجمه أصلا فانه قال ويكره لذي الرحم المحرم ان يلي اقامة الحد والرجم اهـ ولم يذكر المصنف ان الامام اذا امتنع من الرجم بعد الشهود انه يسقط الحد وقياسه السقوط قال في فتح القدير واعلم ان مقتضى ما ذكرناه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما اهـ وفي الظهيرية والقاضي اذا أمر الناس برجم الزاني وسعهم أن يرجموه وان لم يعاينوا أداء الشهادة وروى ابن سماعة عن محمد انه قال هذا اذا كان القاضي فقيها عدلا أما اذا كان فقيها غير عدل أو كان عدلا غير فقيه فلا يسعهم أن يرجموه حتى يعاينوا أداء الشهادة اهـ (قوله ويبدأ الامام لو مقرا ثم الناس) كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ولم يذكر المصنف ان الامام لو لم يبدأ أهل يحل للناس الرمي قال في فتح القدير واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه السلام لم يحضره بل رجمه الناس بامره عليه السلام ويمكن الجواب بان حقيقة ما دل عليه قول علي رضي الله عنه أنه يجب على الامام أن يأمرهم بالابتداء اختبارا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه وأن يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في أمر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة

شبهة فقال ظننت انها امرأتي لا يسقط الحد ولو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود اهـ (قوله فانه قال ويكره لذي الرحم المحرم الخ) الظاهر ان الكراهة تنزيهية ثم ان محل كراهة رجمه مطلقا اذا لم يكن المحرم شاهدا قال في الجوهرة وان شهد أربعة على أبيهم بالزنا وجب عليهم أن يبتدؤا بالرجم وكذا الاخوة وذوو الرحم ويستحب أن لا يتعمدوا مقتلا وكذا ذوو الرحم المحرم واما ابن العم فلا بأس أن يتعمد قتله لان رجمه لم يكمل فأشبه الاجنبي وقد قالوا ان الابن اذا شهد على أبيه بالزنا لم يحرم الميراث بهذه الشهادة لان الميراث يجب بالموت والشهادة انما وقعت على الزنا وذلك غير الموت وكذا اذا شهد عليه بالقصاص فقتل لم يحرم الميراث لهذه العلة (قوله فلو لم يثن الامام سقط الحد) نقل في النهر عن ايضاح الاصلاح ان

فان أبوا سقط ثم الامام ثم الناس ويبدأ الامام به لو مقرا ثم الناس

حضوره غير لازم ثم قال ان ما في الفتح انما يتم لو سلم وجوب حضوره كالشهود قال وفي الدراية ويستحب للامام أن يأمر طائفة من المسلمين أن يحضروا لاقامة الحدود واختلفوا في عددها فعن ابن عباس واحد وقال عطاء اثنان والزهري ثلاثة والحسن البصري عشرة اهـ وهذا صريح في ان حضورهم ليس

شرطا فرميهم كذلك فلو امتنعوا لم يسقط اهـ ما في النهر (قوله انه يجب على الامام أن يأمرهم بالابتداء) أي أن يأمر الشهود في صورة ثبوته بالبينة وقوله وان يبتدئ هو في الاقرار أي وانه يجب أن يبتدئ هو أي القاضي في صورة ثبوته بالاقرار (قوله فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة الرجوع) تمام عبارة الفتح فامتنع الحد لظهور ثبوت شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط اذ لزم عن عدمه العدم لا انه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اهـ وبه يتضح المرام وحاصله الفرق بينه عليه الصلاة والسلام

الرجوع وفي الحاوي وينبغي للناس أن يصفوا عند الرجم كصفوف الصلاة وكلما رجم قوم تأخروا وتقدم غيرهم فرجموا اهـ (قوله ولو غير محصن جلده مائة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية (قوله ونصف للعبد) أي نصف جلد المائة للعبد الزاني فيجلد خمسين سوطا لقوله تعالى فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف واذا ثبت التنصيف في الاماء لوجود الرق ثبت في العبيد دلالة وما في التبيين من ان العبيد دخلوا في اللفظ وأنث للتغليب مخالف لما في الاصول من ان الذكور لا تتبع الاناث حتى لو قال أمنوني على بناتي لا تدخل الذكور بخلاف أمنوني على بني عم الذكور والاناث (قوله بسوط لا ثمرة له متوسطا) أي لا عقدة له لان عليا رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وهو الجارح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار كذا في الهداية وحاصله انه المؤلم غير الجارح (قوله ونزع ثيابه وفرق على بدنه الا رأسه ووجهه وفرجه) أي ونزع عنه ثيابه الا ما يستر عورته لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود لان التجريد أبلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه وانما يفرق الضرب على أعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف وانما يتقي الاعضاء الثلاثة لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن من فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال أبو يوسف يضرب الرأس أيضا رجع اليه بعد ان كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب وانما يضرب سوطا لقول أبي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن أبيح قتله ونقل انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق (قوله ويضرب الرجل قائما في الحدود وغير ممدود) لقول علي رضي الله عنه تضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (قوله ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو) لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى الجسد والستر حاصل بدونهما فلا حاجة اليهما فينزعان ليصل الالم الى البدن (قوله وتضرب جالسة) لاثر علي رضي الله عنه ولانها عورة فلو ضربت قائمة لا يؤمن كشف عورتها (قوله ويحفر لها في الرجم لا له) لان ماعزا لم يحفر له وحفر للغامدية وهو بيان للجواز والا فلا بأس بترك الحفر لها لانه عليه السلام لم يأمر بذلك والامساك غير مشروع في المرجوم (قوله ولا يحد عبده الا باذن امامه) لقوله عليه السلام أربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منه اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام أو نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه وقيد بالحد لان المولى يعزر عبده بلا اذن الامام لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه التأديب ولهذا يعزر الصبي والدابة وتقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال

ويصح

ولو غير محصن جلده مائة ونصف للعبد بسوط لا ثمرة له متوسطا ونزع ثيابه وفرق على بدنه الا رأسه ووجهه وفرجه ويضرب الرجل قائما في الحدود وغير ممدود ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو وتضرب جالسة ويحفر لها في الرجم لا له ولا يحد عبده الا باذن امامه

وبين غيره لاحتمال تساهل غيره في القضاء فيشترط بداءته فلا منافاة بين ما روي عن علي كرم الله وجهه وبين ما ثبت في حديث ماعز

ويصح فيه العفو (قوله واحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان) فالعبد ليس محصنا لانه غير متمكن بنفسه من النكاح الصحيح المغني عن الزنا ولا الصبي والمجنون لعدم أهلية العقوبة والتكليف شرط لكون الفعل زنا وانما جعله شرط الاحصان لاجل قوله وهما بصفة الاحصان والا ففعل الصبي والمجنون ليس بزنا أصلا ولا الكافر للحديث من أشرك بالله فليس بمحصن ورجمه عليه السلام اليهوديين انما كان بحكم التوراة قبل نزول آية الرجم ثم نسخ ولا من لم يتزوج لعدم تمكنه من الوطء الحلال ولا من تزوج ولم يدخل بها للحديث الثيب بالثيب والشابة لا تكون بغير دخول ولانه لم يستغن عن الزنا والدخول ايلاج الحشفة أو قدرها ولا يشترط الانزال كما في الغسل لانه شبع ولا من دخل بغير المحصنة كمن دخل بذمية أو أمة أو صغيرة أو مجنونة لوجود النفرة عن نكاح هؤلاء لعدم تكامل النعمة ولا من دخل بامرأة محصنة ولم يكن محصنا وقته وصار محصنا وقت الزنا لما ذكرنا من عدم تكامل النعمة ولو زال الاحصان بعد ثبوته بالجنون أو العته يعود محصنا اذا أفاق وعند أبي يوسف لا يعود حتى يدخل بامرأته بعد الافاقة وفي فتاوى قارئ الهداية المسماة بالسراجية اذا سرق الذمي أو زنى ثم أسلم ان ثبت ذلك عليه باقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد وان ثبت بشهادة أهل الذمة فاسلم لا يقام عليه الحد وسقط عنه وفي الحاوي القدسي وان شهد عليه أربعة بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم وان لم تكن ولدت منه وشهد بالاحصان رجلان أو رجل وامرأتان رجم اه (قوله ولا يجمع بين جلد ورجم ولا بين جلد ونفي) لانه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بين الجلد والرجم لان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يكون بعد هلاكه وأما عدم الجمع بين الجلد والنفي وهو التغريب فلان الله تعالى جعل الجلد كل الموجب في قوله تعالى فاجلدوا رجوعا الى حرف الفاء والى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه فتح مواد البغاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قالوا الا اذا رأى الامام مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم كذا في الهداية وهو المراد بقوله في المختصر (ولو غرب بما يرى صح) أي جاز وفسر التغريب في النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر لانه بالنفي يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه وفي الظهيرية والزاني اذا ضرب الحد لا يحبس والسارق اذا قطع يحبس حتى يتوب اه وظاهر كلامهم ههنا ان السياسة هي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وان لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي (قوله والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ) لان الاتلاف مستحق في الرجم فلا يمتنع بسبب المرض وفي الجلد غير مستحق وهو في حالة المرض يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واستثنى في الظهيرية ان يكون مريضا وقع اليأس عن برئه فحينئذ يقام عليه اه قيد بالمريض لانه لو كان ضعيف الخلقة بحيث لا يرجى برؤه فخيف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يحتمله لما روي ان رجلا ضعيفا زنى

واحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان ولا يجمع بين جلد ورجم ولا بين جلد ونفي ولو غرب بما يرى صح والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ

(قوله وفي فتاوى قارئ الهداية الخ) قال في النهر ما مر يقتضي ان الذمي لو زنى بمسلمة ثم أسلم لا يرجم ولا يعارضه ما ذكره قارئ الهداية لانه أراد بالحد هنا الجلد (قوله فتح مواد البغاء) هكذا في بعض النسخ والذي في عامتها قطع مواد البغاء الخ (قوله وظاهر كلامهم هنا ان السياسة الخ) انظر ما سيذكره المؤلف قبيل كتاب السير

فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اضربوه حده فقالوا يا رسول الله انه ضعيف بحيث لو ضربناه مائة قتلناه فقال عليه الصلاة والسلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوه رواه أحمد وابن ماجه والعثكال والعثكول عنقود النخل والشمراخ شعبة منه وهو بالعين المهملة والثاء المثلثة كذا في المغرب (قوله والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء وقيد بحد الجلد لانه لو كان حدها الرجم رجمت اذا ولدت من غير تأخير لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة ان الرجم يؤخر الى أن يستغني ولدها عنها اذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك وظاهر المختار ان هذه الرواية هي المذهب فانه اقتصر عليها ولم يذكر المصنف انها تحبس اذا كانت حاملا قال في الهداية ثم الحبلى تحبس الى أن تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار والله أعلم

﴿باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه﴾

قدم حقيقة الزنا وهو الذي ٧ لا يوجب الحد وهذا الباب لتفاصيله ثم بدأ ببيان الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت وبين انها ثلاثة أنواع شبهة في المحل وشبهة في الفعل وشبهة في العقد قال الامام الاسبيجابي الاصل انه من ادعى شبهة وأقام البينة عليها اسقط الحد فبمجرد الدعوى يسقط ايضا الا الاكراه خاصة لا يسقط الحد حتى يقيم البينة على الاكراه اهـ (قوله لا حد بشبهة المحل وان ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات) لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة يثبت الملك فيها من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده وبيانه ان قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك أورث شبهة في جارية الولد للاب لان اللام فيه للملك والمعتدة بالكنايات في بينونتها اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فمذهب عمر رضي الله عنه انها رجعية فاورث شبهة وان كان المختار قول علي رضي الله عنه قال الشارحون ومن هذا النوع مسائل منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكذا في الفاسد قبل القبض وبعده أما قبله فلبقاء الملك وأما بعده فلان له الفسخ فله حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري فان كان للبائع فلبقاء ملكه وان كان للمشتري فلان المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين يحيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه ومنها الجارية الممهورة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه في البعض ثابت حقيقة فالشبهة فيها أظهر ويدخل فيه وطء الرجل من الغانمين قبل القسمة جارية من الغنيمة سواء كان بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لثبوت الحق له بالاستيلاء كذا في البدائع ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لما ذكرنا قال في فتح القدير وينبغي

والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد

﴿باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه﴾

لا حد بشبهة المحل وان ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات

﴿باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه﴾

٧ قوله لا يوجب الحد هكذا هو في النسخ بثبوت لا ولعل الصواب حذفها فليتأمل اهـ مصححه

(قوله وجاريته قبل الاستبراء) فيه ان الكلام في وطء هو زنا سقط فيه الحد لشبهة الملك وهذه فيها حقيقة الملك وانما منع من وطئها العارض اشتباه النسب كما منع من وطء الحائض والنفساء للاذى مع قيام الملك (قوله وعليه الحد في قول أبي يوسف) قدم عن المحيط عند قول المتن وندب تلقينه ان هذا هو ظاهر الرواية بل سيذكر آخر هذا الباب عن جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (قوله فشمل المختلعة) قال في الفتح بعد كلام وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم

فيه انما هو في كونه فسخا أو طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل أحد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا اه ونقله عنه في الشرنبلالية أقول قوله وبهذا اعرف خطأ من بحث في المختلعة ان كان المراد بها المختلعة على مال كما هو ظاهر كلامه آخرا فظاهر لكن قول المجتبى ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا الخ صريح في انها ليست من الشبهة الحكمية أعني شبهة المحل بل من الشبهة في الفعل وهذا ما يأتي قريبا عن الكرخي من قوله من انه لو خالعها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ينبغي أن يكون كالمطلقة ثلاثا وكل من كلام المجتبى والكرخي لم يعلل فيه باختلاف الصحابة بل بحرمتها اجماعا وان كان المراد المختلعة لا على مال كما هو مراد المؤلف هنا بدليل ما سيأتي يذكره وهو المراد من كلام النسفي أيضا فغير ظاهر الا ان ثبات اتفاق الصحابة على عدم وقوع الرجعي به أيضا كالذي على مال (قول المصنف كمعتدة الثلاث) قال في الشرنبلالية هذا اذا طلقها ثلاثا صريحا فلو نواها بالكناية فوقعت فوطئها في العدة وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف وهذا من قبيل الشبهة الحكمية وهذه يلغز بها فيقال مطلقة ثلاث وطئت في العدة وقال علمت حرمتها ولا يحد وهي ما وقع عليها الثلاث بالكناية كذا في الفتح اه

و بشبهة في الفعل ان ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده

أن يراد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيدك غير ذلك أيضا كالزوجة التي حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لامها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يجزم به فاستحسن ان يذكر بدل الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه اه وفي الظهيرية رجل غصب جارية وزنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه وعلى قياس قول أبي حنيفة ومحمد لا يسقط الحد وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف ينبغي أن يسقط كما يذكر في المسألة التي تليه اه رجل زنى بامة ثم اشتراها ذكر في ظاهر الرواية أنه يحد وروي عن أبي يوسف أنه يسقط الحد وذكر أصحاب الاملاء عن أبي يوسف ان من زنى بامرأة ثم تزوجها أو بامة ثم اشتراها لا حد عليه عند أبي حنيفة وعليه الحد في قول أبي يوسف وذكر ابن سماعة في نوادره على عكس هذا وقال وعلى قول أبي حنيفة ومحمد عليه الحد في الوجهين وعن أبي يوسف لا حد عليه في الوجهين وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اذا زنى بامة ثم اشتراها فلا حد عليه وان زنى بامرأة ثم تزوجها فعليه الحد والفرق بين النكاح والشراء أنه بالشراء يملك عينها وملك العين في محل الحل سبب الملك الحل فيجعل الطارئ قبل الاستيفاء كالمقترن بالسبب كما في باب السرقة فان السارق اذا ملك المسروق قبل القطع يمتنع القطع فاما بالنكاح فلا يملك عين المرأة وانما يثبت له ملك الاستيفاء ولهذا لو وطئت المنكوحة بشبهة كان العقر لها فلا يورث ذلك شبهة فيما تقدم استيفاؤه منها فلا يسقط الحد عنه واذا زنى بامة ثم قال اشتريتها وصاحبها بالخيار وقال مولاها كذب لم ابعها لا حد عليه واذا جنت الامة فزنى بها ولي الجناية فان قتلت رجلا عمدا فوطئها ولي القتيل ولم يدع شبهة فان قال علمت انها علي حرام فانه لا يحد وأما اذا قتلت رجلا خطأ فوطئها ولي القتيل قبل أن يختار المولى شيأ أجمعوا على أنه اذا اختار الفداء بعد ذلك فانه يحد وأما اذا اختار دفع الجارية فالقياس ان يحد وفي الاستحسان لا يحد وبالقياس أخذ أبو حنيفة ومحمد وبالاستحسان أخذ أبو يوسف اه وأطلق في الكنايات فشمل المختلعة وفي المجتبى المختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا لحرمتها اجماعا وفي جامع النسفي لا حد عليه وان علم حرمتها لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونه بائنا اه (قوله وبشبهة في الفعل ان ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده) أي لا حد لاجل الشبهة في الفعل بشرط أن يظن أن الوطء حلال لان الملك والحق غير ثابت في هذا النوع لان حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع به فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها

وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة عند ظن الحل لأنه في موضع الاشتباه فتعذر واطلق في الثلاث فتشمل ما إذا أوقعها جملة أو متفرقة ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي كذا ذكر الشارحون وفيه نظر لما في صحيح مسلم من أن الطلاق الثلاث كان واحدة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنهما حتى امضى عمر رضي الله عنه على الناس الثلاث وان كان العلماء قد أجابوا عنه وأولوه فليس الدليل على وقوع الثلاث جملة واحدة بكلمة واحدة قطعيا فان قيل ان العلماء قد أجمعوا عليه قلنا قد خالف أهل الظاهر في ذلك كما نقلوه في كتاب الطلاق فينبغي أن لا يحد وان علم الحرمة والدليل عليه ما ذكره في الهداية من كتاب النكاح في فصل المحرمات ان الحد لا يجب بوطء المطلقة طلاقا بائنا واحدة أو ثلاثا مع العلم بالحرمة على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا اه وينبغي ان تحمل اشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقعها بكلمة واحدة وعبارة كتاب الحدود على ما إذا أوقعها متفرقة لما ذكرنا توفيقا بينهما كما لا يخفى واما الزنا بأمة أبويه وزوجته وسيده فانه لا ملك له ولا حق ملك فيها غير ان البسوطة تجري بينهم في الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بالمال شرعا فاذا ظن الوطء من هذا القبيل يعذر لان وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه الحال والاشتباه في محله معذور وفيه ولهذه المسائل اخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا كذا ذكره الشارحون ومرادهم الطلاق على مال بغير لفظ الخلع أما إذا كان بلفظ الخلع فقد قدمنا الاختلاف فيه وان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا فيه لكن في البدائع ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي أنه ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب الحد الا إذا ادعى الاشتباه ومنها أم الولد إذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء أثر الفراش وهي العدة ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود فاذا قال المرتهن علمت انها حرام ووطئتها ففيه روايتان ففي رواية كتاب الرهن لا حد عليه وهو من النوع الاول لما قدمناه وفي رواية كتاب الحدود يجب الحد قال في الهداية وهو الاصح وتبعه الشارحون وفي التبيين وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من ماليتها فلم يكن الوطء حاصلا في محل الاستيفاء لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال في الجملة وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة حصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت إذا وطئها الغريم لان الاجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفي حقه من الثمن ولو تعلق حقه بالعين لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن والحاصل أنه إذا ظن الحل فلا حد عليه باتفاق الروايتين والخلاف فيما إذا علم الحرمة والاصح وجوبه لكن ذكر في الايضاح رواية ثالثة أنه يجب الحد وان قال ظننت انها حلال وان ظنه لا يعتبر قياسا على وطء الغريم جارية الميت وهذه الرواية مخالفة لعامة الروايات كما في فتح القدير قال في الهداية والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن واما الجارية المستأجرة والعارية والوديعة فكجارية أخيه وسيأتي أنه يحد وان ظن الحل كما في المحيط والبدائع واطلق في ظن الحل فشمل ظن الرجل وظن الجارية فان ظناه فلا حد وان علما الحرمة وجب الحد وان ظنه الرجل وعلمته الجارية أو بالعكس فلا حد لان الشبهة إذا تمكنت في الفعل في أحد الجانبين تتعدى الى

(قوله فينبغي أن لا يحد وان علم الحرمة الخ) قال بعض الفضلاء هذا صريح في ان المطلقة ثلاثا من قبيل شبهة المحل لكن الذي في التبيين والفتح وغيرهما الجزم بانها من شبهة الفعل وانه لا اعتبار بخلاف الظاهرية لكونه نشأ بعد انعقاد اجماع الصحابة في زمن عمر رضي الله تعالى عنه وما سيذكره من الجمع فذاك انما يحتاج اليه عند التعارض والاشارة لا تعارض العبارة بل العبارة هي المتقدمة (قوله والمستعير للرهن) أي المستعير أمة لاجل أن يرهنها فاللام تعليلية

(قوله أطلقه فشمل البصير والاعمى الخ) نقل في التتارخانية ماهنا عن المنتقى والاصل ثم قال الخلاصة ولو ان أعمى وجد في فراشه امرأة فوقع عليها وقال ظننت انها امرأتي قال أبو يوسف لا يعذر وقال زفر يدرأ عنه الحد وعليه العقر الظهيرية رجل وجد في بيته امرأة في ليلة ظلماء فغشيها وقال ظننت انها امرأتي لا حد عليه ولو كان نهارا يحد الحاوي وعن زفر عن أبي حنيفة فيمن وجد في حجلته أو بيته امرأة فقال ظننت انها امرأتي ان كان نهارا يحد وان كان ليلا لا يحد وعن يعقوب عن أبي حنيفة ان عليه الحد ليلا كان أو نهارا قال أبو الليث الكبير وبرواية زفر يؤخذ اهـ قلت ومقتضى هذا انه لا حد على الاعمى ليلا كان أو نهارا تامل (قوله لما نذكره في المرقوفة) كذا في النسخ بقافين بعد الراء والصواب المزفوفة بالزاي المعجمة وفاءين أي في مسئلة الاجنبية التي زفت اليه الآتية تلو هذه ثم لا يخفى ان المراد بقوله وان جاءت بولد الى آخره ١٥ ما اذا ادعاها فاجابته لان النسب لا يثبت الا بتحقق الحل من وجه اما عند عدم الشبهة أصلا فلا يثبت النسب (قوله وظاهر كلام المصنف الخ) أقول ظاهر هذا انه لا بد من الاخبار وانه لا يكفي مجرد زفافها اليه لكن عبارة الحاكم الشهيد في الكافي تفيد عدم اشتراطه حيث قال رجل تزوج امرأة فزفت اليه أخرى فوطئها قال لا حد عليه ولا على قاذفه ثم علله بان الزفاف شبهة ولذا لو جاءت بولد ثبت نسبه منه اهـ فجعل الشبهة نفس الزفاف ولعل هذا رواية أخرى وعليها مشى في الخانية أيضا ويكون ما في المتون رواية غيرها وينبغي على الثانية ان من زفت اليه زوجته ولم يكن رآها انه لا يحل له وطؤها ما لم تقل له النساء هذه زوجتك لاحتمال انها تكون غيرها وفي ذلك حرج فانه لا يكاد أحد يفعله الآن فيلزم تأثيم الناس على ان احتمال كونها غيرها احتمال ضعيف ربما لا يقع في سنين عديدة الا نادرا ولا سيما اذا كانت في بيته ليلة الزفاف واجتمع عليها أهله وأقاربه وغيرهن وزينوها وأفردوها في محل مخصوص ثم أدخلت عليه فان احتمال كونها غيرها أبعد ما يكون فوجوب السؤال بعيد أيضا والظاهر انه يكفي مجرد زفافها عملا بهذا الظاهر بل هو أقوى مما لو جاءت بها امرأة من بيت أهلها ثم أدخلتها عليه وقالت له هذه زوجتك فانه يحتمل كذبها

والنسب يثبت في الاول فقط وحد بوطء أمة أخيه وعمه وان ظن حله وامرأة وجدت في فراشه لا باجنبية زفت وقيل هي زوجتك

الجانب الآخر ضرورة كذا في المحيط (قوله والنسب يثبت في الاول فقط) أي يثبت النسب في شبهة الحل بالدعوة ولا يثبت في شبهة الفعل وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الثانية وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الاولى للشبهة في المحل وقد قدم المصنف ان نسب ولد المعتدة البت يثبت اذا جاءت به لاقل من سنتين بغير دعوة ولسنتين فاكثر لا يثبت الا بالدعوة وهو بعمومه يتناول المعتدة عن ثلاث طلقات فكان مخصصا لقوله هنا فقط والحاصل انه لا يثبت النسب في شبهة الفعل عند الدعوة الا في المطلقة ثلاثا والفرق ان الشبهة فيها شبهة في العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة وسيأتي أن من شبهة الاشتباه وطء امرأة زفت وقالت النساء هي زوجتك ولم تكن زوجته معتمدا اخبارهن وصرح الزيلعي بان النسب يثبت فيه بالدعوة كما سيأتي فتحرر ان النسب لا يثبت في شبهة الفعل الا في موضعين (قوله وحد بوطء أمة أخيه وعمه وان ظن حله وامرأة وجدت في فراشه) يعني سواء ظن الحل أو الحرمة لانه لا انبساط في مال الاخ والعم وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ولا اشتباه في المرأة الموجودة على فراشه لطول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشه غيرها من المحارم التي في بيتها أطلقه فشمل البصير والاعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته وقالت أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها لان الاخبار دليل وفي البيتين وان جاءت بولد يثبت نسبه لما نذكره في المرقوفة ولو اجابته فقط يحد لعدم ما يوجب السقوط وأطلق في المرأة فشمل المكرهة والطائعة فيحد لو أكرهها دونها ولا يجب المهر عندنا (قوله لا باجنبية زفت وقيل هي زوجتك) أي لا يحد بوطء أجنبية زفت اليه وقال النساء هي زوجتك قضى بذلك علي رضي الله عنه ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولكن لا يحد قاذفه لان الملك منعدم حقيقة فبطل به احصانه كوطء جارية ابنه فانه مسقط لاحصانه حيث أولا وظاهر كلام المصنف ان اخبار واحد له بانها زوجته يكفي لاسقاط الحد عنه كما يفيده ما في فتح القدير لكن عبارة القدوري وقلن النساء بالجمع والظاهر انه ليس بشرط كما سنبينه لانه من المعاملات والواحد فيها يكفي اهـ

(قوله وعليه مهر) بذلك قضى على رضى الله عنه وبالعدة لان الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط الحد فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا قلنا فى كل موضع سقط فيه الحد بما ذكرنا يجب فيه المهر لما ذكرنا الا فى وطء جارية الابن وقد علقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا فى النكاح أو فى وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها فى الزيادات وينبغى ان لا يجب بوطء جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب ثم سقط فيستقيم على ما اختلفوا فى تزويج المولى عبده بجاريته كذا فى التبيين ولا يرد ما لو زنى صبى بامرأة بالغة مطاوعة قالوا لا حد على الصبى ولا مهر عليه لاسقاطها حقها حيث مكنته لان المهر وجب لكنه سقط لما ذكرنا فلم يخل وطء عنهما وفى المجتبى مراهق تزوج بالغة بغير اذن أبيه ووطئها ورد الاب النكاح فلا مهر على الصبى لان قوله غير معتبر وأراد المصنف أن يكون المهر لها عليه بذلك قضى على رضى الله عنه خلافا لعمر رضى الله عنه حيث جعله فى بيت المال كأنه جعله حق الشرع لما ان الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول على رضى الله عنه لان الوطء كالجناية عليها وارش الجنايات للمجنى عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لان الحد ساقط عنها ولم يذكر المصنف ثبوت النسب فيها وقالوا يثبت نسب الولد بالدعوة لكن اختلفوا ففى التبيين أنه يثبت النسب وان كانت شبهة الاشتباه لعدم الملك وشبهته وفى فتح القدير والاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول فى المعاملات ولذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاى أرسلنى اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح فى الواقع أوجب الشبهة التى يثبت معها النسب اهـ (قوله وبمحرم نكحها) أى لا يجب الحد بوطء امرأة محرم له عقد عليها عند أبى حنيفة وقالا عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه فى الحل وهى من المحرمات ولابى حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغى ان ينعقد فى حق جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت وحاصل الخلاف ان هذا العقد هل يوجب شبهة أم لا ومداره أنه هل ورد على ما هو محله أولا فعند الامام ورد على ما هو محله لان المحلية ليست بقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وعندهما لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات فى سائر الاحوال فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد فى المحلية بحيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد أى ليست محلا لعقد هذا العاقد ولهذا عللوه بعدم حلها ولا شك فى حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو والامام حيث اثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده ولا ينافيه قول الاصوليين ان النهى عن نكاح المحارم مجاز عن النفى لعدم محله ولا قول الفقهاء ان محل النكاح الانثى من بنات آدم التى ليست من المحرمات لانهم أرادوا نفى المحلية لعقد النكاح الخاص وأنت علمت ان أبا حنيفة انما أثبت محليتها للنكاح فى الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح لكن قد أخذ الفقيه أبو الليث بقولهما قال فى الواقعات ونحن نأخذ به أيضا وفى الخلاصة الفتوى على قولهما ووجه ترجيحه ان تحقق الشبهة يقتضى تحقق

(قوله حيث جعله فى بيت المال) أى يؤخذ من الواطئ ويوضع فى بيت المال (قوله وفى فتح القدير والاوجه الخ) أقول ذكر فى الفتح بعد هذا باسطر ما نصه والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا ان فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى انه لو قال علمتها حراما على لعلى يكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر فى شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه يستثنى من الحكم المرتب عليه أعنى عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتمدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين اهـ وعلى هذا مشى المؤلف أولا فكان عليه أن يذكر كلام الفتح هذا ولا يقتصر على ما ذكره

الحل

(قوله والا وجبت العدة وثبت النسب) قال في الفتح تلو هذه ودفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتني عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس الا ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى ان أبا حنيفة ألزم عقوبته باشد ما يكون وانما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف انه زنا محض عنده الا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه اهـ قال في النهر وهذا انما يتم بناء على انها شبهة اشتباه قال في الدراية وهو قول بعض المشايخ والصحيح انها شبهة عقد لانه روى عن محمد انه قال سقوط الحد عنه لشبهة حكمية فيثبت النسب وهكذا ذكر في المنية اهـ وهذا صريح بان الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب على ما مر اهـ ما في النهر ونقل الرملي في باب المهر عن العيني انه قال يثبت النسب عنده خلافا لهما قال وفي مجمع الفتاوى تزوج المطلقة ثلاثا وهما يعلمان بفساد النكاح فولدت في الحاوي انه لا يجب الحد عنده ويثبت النسب خلافا لهما كما ١٧ لو تزوج بمحارمه ودخل بها (قوله وهو بالاتفاق على الاظهر) هذا ما حرره المحقق في الفتح حيث قال ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية ومامعها لان الشبهة انما تنتفي عندهما

ز في أجنبية في غير قبل ولواطة

يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي ان لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير ومامعها الا انها ليست محرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما ان حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت كما ان تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك قال مثل ان يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم التي هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات اهـ ومراده بذلك الرد على ما نقله حافظ الدين في الكافي حيث قال منكوحة الغير ومعتدته ومطلقة الثلاث بعد التزويج كالمحرم وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي ولا شهود فلا حد عليه اتفاقا وفي النهر هنا سقط أو ايجاز مخل فلتنبه له

الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب اطلق المصنف فشمل ما اذا كان عالما بالحرمة أولا ثم اعلم أن مسائلهم هنا تدل على ان من استحل ما حرمه الله على وجه الظن لا يكفر وانما يكفر اذا اعتقد الحرام حلالا لا اذا ظنه حلالا الا ترى انهم قالوا في نكاح المحرم لو ظن الحل فانه لا يحد بالاجماع ويعزر كما في الظهيرية وغيرها ولم يقل أحد انه يكفر وكذا في نظائره وهو نظير ما ذكره القرطبي في شرح مسلم ان ظن الغيب جائز كظن المنجم والرمال بوقوع شئ في المستقبل بتجربة امر عادي فهو ظن صادق والممنوع هو ادعاء علم الغيب والظاهر ان ادعاء ظن الغيب حرام وليس بكفر بخلاف ادعاء علم الغيب فانه كفر وسنوضحه ان شاء الله تعالى في باب الردة وأشار المصنف الى ان المستأجرة للزنا لو وطئها فلا حد عليه لشبهة العقد عند الامام لان المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة وقالا يحد كما سيأتي واطلق في المحرم فشمل المحرم نسبا ورضاعا وصهرية وأشار الى أنه لو عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقته الثلاث أو أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده أو تزوج خمسا في عقدة فوطئهن أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الاخيرة لو كان متعاقبا بعد التزوج فانه لا حد بالوطء بالاولى وهو بالاتفاق على الاظهر اما عنده فظاهر واما عندهما فلان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي محرمة على التأبيد وقيد بنفي الحد لان التعزير واجب ان كان عالما قالوا ويوجع بالضرب الشديد أشد ما يكون من التعزير سياسة (قوله وفي أجنبية في غير قبل ولواطة) أي لا يجب الحد في مسئلتين أيضا الاولى لو وطئ امرأة أجنبية في دبرها فانه لا يحد الثانية لو لاط بصبي في دبره فانه لا يحد ولا شك أن وطء الاجنبية في دبرها لواطة أيضا وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو كالزنا فيحد رجما ان كان محصنا أو جلدا ان كان غير محصن لانه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد

تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فصار شبهة لان الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة فصار كما لو قال أمهرتك كذا لأزنى بك قيدنا بان يكون استأجرها ليزنى بها لانه لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب الحد اتفاقا لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فى ذلك المحل لا فى محل آخر (قوله وباكراه) أى لا يجب الحد بالزنا باكراه أطلقه فشمل ما اذا كان المكره السلطان أو غيره اما اذا كان المكره السلطان فكان أبو حنيفة أولا يقول عليه الحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطوع ووجه قوله الآخر ان السبب الملجئ قائم ظاهرا وهو قيام السيف على رأسه والانتشار دليل محتمل لانه قد يكون من غير قصد كما فى النائم فلا يزول اليقين بالمحتمل وأما اذا أكرهه غير السلطان فانه يحد عند الامام وقالا لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لان المؤثر خوف الهلاك ويتحقق من غيره وله انه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان وبجماعة المسلمين ويمكنه دفع شره بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لانه لم يكن فى زمن أبى حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها بالسلطان وفى زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما كذا فى الظهيرية فلذا أطلق فى المختصر (قوله وباقرار ان أنكره الآخر) أى لا يجب الحد باقرار أحد الزانيين اذا أنكره الآخر لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع أطلقه فشمل ما اذا قال لم أطأ أصلا أو قال تزوجت وشمل ما اذا كان المنكر الرجل أو المرأة وهو قول الامام وقالا ان ادعى المنكر منهما الشبهة بان قال تزوجته فهو كما قال وان أنكر بان قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحد وجب على المقر الحد دون المنكر وحاصل دليل الامام ان الزنا فعل مشترك بينهما قائم بهما فانتفاؤه عن أحدهما يورث شبهة فى الآخر واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لامر البضع وان كانت هى منكرة لامر النكاح لانه من ضرورة سقوط الحد وأشار المصنف الى انه لو زنى بامرأة خرساء لا حد على واحد منهما قال فى الاصل وجعل الجواب فى الخرساء كالجواب فيما اذا كانت المرأة ناطقة وادعت المرأة النكاح بخلاف ما اذا كانت المرأة مجنونة أو صبية يجامع مثلها كان على الرجل الحد وبخلاف ما اذا كانت المرأة غائبة وأقر الرجل انه زنى بها أو شهد عليه الشهود فانه يقام الحد على الرجل كذا فى الظهيرية (قوله ومن زنى بامة فقتلها لزمه الحد والقيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها وعن أبى يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه انما يوجبه فى العين كما فى هبة المسروق لا فى منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فأورث شبهة وأشار المصنف الى انه لو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد عليه اتفاقا لان الحرة لا تملك بالضمان وان لم يقتلها وانما أفضاها بان اختلط المسلكان فان كانت كبيرة مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شئ عليه فى الافضاء لرضاها به ولا مهر عليه لوجوب الحد وان كان مع دعوى شبهة فلا حد ولا شئ فى الافضاء

وباكراه وباقرار ان أنكره الآخر ومن زنى بامة فقتلها لزمه الحد والقيمة

(قوله قيدنا بان يكون استأجرها ليزنى بها) أى بان يقول استأجرتك لأزنى بك أو قال أمهرتك كذا لأزنى بك أو خذى هذه الدراهم لأطأك كما فى الفتح قال والحق فى هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله تعالى قال الله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا والمعنى الذى يفيد ان فعل الزنا مع قوله أزنى بك لا يحد لمسمعه للفظ المهر معارض له اهـ وأقره فى النهر

وجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر في الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لما ان جنايته جائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما وان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة فيما ذكرنا الا في حق سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الايلاج في قبل المشتهاة ولهذا لا تثبت به حرمة المصاهرة والوطء الحرام في دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد فيجب ثلث الدية لكونه جائفة على ما بينا وان كان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمن المهر أيضا لما ذكرنا ولنا ان الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل اذا كانا في عضو واحد كما اذا قطع أصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل ارش الاصبع في ارش الكف ويسقط احصانه بهذا الوطء لوجود صورة الزنا وهو الوطء الحرام وفي المحيط لو كسر فخذ امرأة في الزنا أو جرحها ضمن الدية في ماله وحده لانه شبه العمد وفي شبهه تجب الدية في ماله يعني به فيما دون النفس وان جنت الامة فزنى بها ولي الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها في هذه الصورة فأورث شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزاني لم يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي اما لو زنا بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (قوله والخليفة يؤخذ بالقصاص والاموال لا بالحد) لان الاول حقوق العباد لما ان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لا لانه شرط كما صرحوا به وأما الثاني أعني الحدود فانما لا تقام عليه لان الحد حق الله تعالى والامام هو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الجزاء والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب وفعل نائبه كفعله لانه بامره أطلق في الحد فشمل حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع فكان كبقية الحدود والمراد بالخليفة الامام الذي ليس فوقه امام وقيد به احترازا عن أمير البلدة فانه يقام عليه الحدود بامر الامام والله أعلم

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

(قوله شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد) أي شهدوا بسبب حد وهو الزنا والسرقة أو شرب الخمر لا بنفس الحد وكذلك قوله متقادم معناه متقادم سببه والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم لان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف التقادم في حد القذف لان فيه حق العباد لما فيه

والخليفة يؤخذ بالقصاص والاموال لا بالحد

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد

(قوله وان جنت الامة) تقدمت هذه المسألة أول الباب

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ولا يرد حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة فى كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما وأشار المصنف بكون التقادم مبطلا لها الى ان التقادم يمنع الاقامة بعد القضاء حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود فلا بد من قيام الشهادة حال الاستيفاء وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذى هو الاستيفاء وقيد بالشهادة لانه لو أقر بسبب حد متقادم حد لانتفاء العلة لان الانسان لا يعادى نفسه الا فى حد الشرب عند أبى حنيفة وأبى يوسف فان التقادم فيه يبطل الاقرار كذا فى غاية البيان ولم يفسر المصنف التقادم لان الامام الاعظم لم يقدره بشئ وانما فوضه الى رأى القاضى فى كل عصر لكن الاصح ما عن محمد انه يقدر بشهر لان ما دونه عاجل وهو مروى عنهما أيضا وقد اعتبره محمد فى شرب الخمر أيضا وعندهما هو مقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لا تقبل وقد جزم به المصنف فى بابه فظاهره كغيره أنه المختار فعلم ان الاصح اعتبار الشهر الا فى شرب الخمر ولم يستثن المصنف كون التقادم لبعد المكان عن القاضى لان العذر لا يختص به بل يكون بنحو مرض أو خوف طريق وحاصله ان كل شئ منع الشاهد من المسارعة الى أداء الشهادة فهو عذر بقدره ولم يذكر المصنف وجوب الحد على الشهود اذا شهدوا بزنا متقادم وذكر فى الخانية لو شهدوا بزنا متقادم اختلفوا فيه قال بعضهم يحد الشهود حد القذف وقال بعضهم لا يحدون اه (قوله ويضمن المال) يعنى فى صورة شهادتهم بسرقة متقادمة لان الدعوى شرط فى حقوق العباد فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم فيه تفسيق ولا تهمة ولذا لم يبطل حد القذف بالتقادم ان كان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح لتوقفه على الدعوى أطلقه فشمل ما اذا كان تأخير الشهادة لعدم الدعوى بسبب عدم علم صاحب المال أو لطلبه الستر أو لكتمان الشهادة بعد طلبه الشهادة منه وينبغى ان لا تقبل شهادتهم فى حق المال أيضا فى الوجه الثانى لفسقهم بالكتمان واعلم ان قولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمة فى شهادتهم مع التقادم مشكل لتصريحهم فى كتاب الشهادات بانه لا شهادة للمتهم سواء كانت فى الاموال أو فى غيرها الا ان يقال ان التهمة غير محققة وانما الموجود الشبهة والمال يثبت مع الشبهة بخلاف الحد (قوله ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة) أى لو شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة واعتبارها يؤدى الى سد باب الحدود ولان المقر يحتمل أن يرجع فرجوعه شبهة فيدرأ به الحد واحتمال رجوعه شبهة الشبهة فلا يسقط وكذا البينة يحتمل رجوعها فرجوعها حقيقة شبهة واحتماله شبهة الشبهة وأشار المصنف الى أنه لو أقر أنه زنى بفلانة وهى غائبة فانه يحد بالاولى ولانه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنا بغائبين وقيد بالزنا لانه لو كان القصاص بين شريكين وكان أحدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب وهو حقيقة المسقط فاحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة (قوله وان أقر بالزنا بمجهولة حد وان شهدوا بذلك لا) أى شهدوا عليه أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لا يحد لاحتمال انها

ويضمن المال ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة وان أقر بالزنا بمجهولة حد وان شهدوا بذلك لا

(قوله وقال بعضهم لا يحدون) أقول هذا هو المذهب فقد اقتصر عليه الحاكم الشهيد فى الكافى حيث قال واذا شهد الشهود على رجل بزنا قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم اه وهذا هو الوجه فان شهادتهم كاملة

امرأته أو أمته بل هو الظاهر بخلاف الاقرار لانه لا يخفى عليه امرأته وأمته ولا اعتبار باحتمال ان تكون أمته بالميراث ولا يعرفها لانه ثابت فى المعروفة كالمجهولة واعتباره يؤدى الى انسداد باب الحدود وفى كافى الحاكم الشهيد وان قال المشهود عليه ان التى رأوها معى ليست لى بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا وذلك لانها يتصور انها أمة ابنه أو منكوحة نكاحا فاسدا اه وهذا التعليل أولى مما علل به لعدم الوجوب من أنه اقرار مرة واحدة لانه يقتضى انه لو قال هذه المقالة أربعا حد وليس كذلك وفى الخانية لو قالوا زنى بامرأة لا نعرفها ثم قالوا بفلانة فانه لا يحد الرجل ولا الشهود اه (قوله كاختلافهم فى طوعها أو فى البلد ولو على كل زنا أربعة) بيان لمسئلتين لا حد فيهما الاولى لو اختلف الشهود فى طوع المرأة فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان انها طاوعته وعدم وجوب الحد عليهما قول الامام وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم على الموجب عليه وانفراد احد الفريقين بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط لتحقق الموجب فى حقها ولم يثبت لاختلافهم وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما الشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين فى ذلك أطلقه فشمل ما اذا شهد ثلاثة بالطواعية و واحد بالاكراه وعكسه لكن فى الوجه الاول يحد الثلاثة حد القذف لعدم سقوط احصانها بشهادة الفرد وعند الامام لا يحدون فى الوجوه الثلاثة لان اتفاق الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا الثانية لو اختلفوا فى البلد الذى وقع فيها الزنا فهو على وجهين أحدهما ان يشهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة واثنان أنه زنى بها بالبصرة فلا حد عليهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وعلى هذا الخلاف اذا جاء القاذف بأربعة شهداء فشهد اثنان أنه زنى فى بلد وآخران أنه زنى فى بلد آخر وثانيهما أن يتم نصاب الشهادة بالزنا فى كل بلد وهو على وجهين أحدهما ان يذكروا وقتا واحدا مع تباعد المكانين كما اذا شهد أربعة أنه زنى بها بالبصرة وقت طلوع الشمس فى اليوم الفلانى من الشهر الفلانى من السنة الفلانية وأربعة انه زنى بها بالكوفة فى الوقت المذكور بعينه وفى هذه لا حد عليهما وهو المراد بقوله ولو على كل زنا أربعة لتيقننا بكذب أحدهما لان الشخص الواحد لا يكون فى ساعة واحدة فى مكانين متباعدين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيعجز القاضى عن الحكم بهما للتعارض أو لتهمة الكذب ولا يحد الشهود أيضا لان كل واحد منهما تم به نصاب الشهادة واحتمل الصدق ثانيهما ان يتقارب المكانان مع اتحاد الوقت فتجوز شهادتهم لانه يصح كون الامر فيهما فى ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لانه يخص وقت ظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل كذا فى فتح القدير وذكر الحاكم فى كافيه اذا شهد أربعة على رجل بالزنا فاختلفوا فى المزنى بها أو فى المكان أو فى الوقت بطلت شهادتهم الا أن يكون اختلافهم فى مكانين متقاربين من بيت أو غير بيت فيقام الحد استحسانا اه (قوله ولو اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة) أى اختلفوا فى مكان الزنا من بيت واحد كما اذا شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية منه واثنان أنه زنى بها فى زاوية أخرى منه وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى زاوية أخرى بالاضطراب والحركة أو لان الواقع فى وسط

كاختلافهم فى طوعها أو فى البلد ولو على كل زنا أربعة ولو اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة ولو شهدوا على زنا امرأة

(قوله وذلك لانها يتصور ان تكون أمة ابنه الخ) قال فى النهر مقتضى هذا انه لو قال هى أجنبية عنى بكل وجه ان يحد

البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده أطلق في البيت وهو مقيد بالصغير لان الكبير كالدار ولو اختلفا في دارين لا حد كالبلدين والحاصل ان الاختلاف في المكان مانع لقبولها الا اذا أمكن التوفيق بان يكون صغيرا وقيد الاختلاف بما ذكر لانهم لو اختلفوا في طولها وقصرها أو سمنها أو هزالها أو في لونها أو في ثيابها فانه لا يمنع لامكان التوفيق وقد استشكل على هذا مذهب الامام فيما اذا اختلفوا في الاكراه والطواعية فان التوفيق فيه ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا (قوله ولو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر أو الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وان شهد الاصول لم يحد أحد) بيان لثلاث مسائل لا حد فيها الاولى لو شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة فوجدت فلانة بكرا بقول النساء لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة فلا حد عليهما لظهور الكذب ولا على الشهود لان سقوطه بقول النساء وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه وأشار المصنف الى أنهم لو شهدوا على رجل بالزنا فوجد مجبوبا أو شهدوا عليها بالزنا فوجدت رتقاء أو قرناء فانه لا حد على أحد لما ذكرنا وأطلق في قوله وهي بكر فشمل ما اذا ثبتت بكارتها بقول امرأة واحدة وكذا في الرتق والقرن وكل ما يعمل فيه بقول النساء كذا في الكافي للحاكم الثانية لو شهد أربعة فسقة بالزنا لاشتراط العدالة فلم يثبت الزنا فلا حد ولا حد على الشهود لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فسقط الحد عنهم وأطلق في الفسقة فشمل ما اذا علم فسقهم في الابتداء أو ظهر فسقهم كما في الهداية وأشار المصنف بسقوط الحد عن الشهود الفسقة الى أن القاذف لو أقام أربعة من الفساق على أن المقذوف قد زنى يسقط عنه الحد قالوا بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القتل باقامة الشهود الفسقة على ان أولياء المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل متيقن فلا يسقط عنه بالشك والاحتمال وحد القذف لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة وتمامه في التبيين الثالثة لو شهدوا على شهادة أربعة فلان الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود لما فيها من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها في موضعين في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع ولا حد على الفروع لان الحاكي للقذف لا يكون قاذفا وكذا لا حد على الاصول بالاولى فاذا شهد الفروع وردت شهادتهم ثم جاء الاصول بعد ذلك وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا أيضا وهو المراد بقوله وان شهد الاصول لم يحد أحد لان شهادة الاصول قد ردت من وجه برد شهادة الفروع قيد بالحد لانه لو ردت شهادة الفروع في الاموال فان شهادة الاصول بعده مقبولة لثبوت المال مع الشبهة دون الحد ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده ابدا في كل شيء ان ردت لتهمة مع بقاء الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام لزوال المانع كذا في التبيين (قوله ولو كانوا عميانا أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليهما) لانه لا يثبت بشهادة الاعمى والمحدود المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة فلم تثبت شبهة الزنا فكانوا قذفة فيحدون ومراده من ليس أهلا للاداء فدخل العبد مع أنه ليس بأهل للتحمل أيضا ولا فرق بين أن يكون الكل كذلك أو بعضهم كذلك وأما

وهي بكر او الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وان شهد الاصول لم يحد أحد ولو كانوا عميانا أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليهما

اذا نقص عددهم عن الاربعة فلانهم قذفة لان الشهادة قذف حقيقة وانما وجها عنه باعتبار الحسبة ولا حسبة عند النقصان وحد عمر رضي الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير (قوله ولو حدفوجد أحدهم عبدا أو محدودا حدوا) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة على ما بينا (قوله وارش ضربه هدر وان رجم فديته على بيت المال) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا ارش الضرب أيضا على بيت المال ومعناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضافان الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (قوله فلو رجع أحد الاربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية) لان الشهادة انقلبت قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه وانما غرم الواحد الراجع ربع الدية لبقاء من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق ولا يجب القصاص على الراجع عندنا لانه تسبب في الاتلاف وليس بمباشر قيد بالرجوع لانه لو وجد واحد منهم عبدا فلا حد على واحد منهم لظهور أنها لم تكن شهادة بل هي قذف في ذلك الوقت فصار واقاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ما سيجيء وأشار الى انه لو كان حده الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم فانه يحد الراجع بالاولى وهو متفق عليه وفي مسئلة الكتاب خلاف زفر والى انه لو رجع الكل حدوا وغرموا ربع الدية والى انه لو شهد على رجل أربعة انه زنى بفلانة وشهد عليه أربعة آخرون بالزنا بغيرها ورجم فرجع الفريقان فانهم يضمنون الدية اجماعا ويحدون للقذف عندهما وقال محمد لا يحدون (قوله وقبله حدوا ولا رجم) أي لو رجع أحدهم قبل الرجم حد الكل الراجع وغيره وامتنع الرجم وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء وصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه أطلق في قوله قبله فشمل ما اذا كان قبل القضاء أو بعده وخلاف محمد انما هو فيما بعد القضاء واما قبل القضاء فيحد الكل عند الثلاثة خلافا لزفر فانه قال يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون (قوله ولو رجع أحد الخمسة لاشئ عليه) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع وشمل قوله لاشئ عليه الحد والغرم وما اذا كان قبل القضاء وبعده وأفاد انه لاشئ على الاربعة بالاولى وحاصله انه لاشئ على الكل وكانه لم يرجع أحد (قوله فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) اما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم في حقهما واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف وأفاد بالغرامة ان المسئلة بعد الرجم لانه لو كان قبله فلا غرامة وانما لزم الاول

ولو حد فوجد أحدهم عبدا أو محدودا حدوا وارش ضربه هدر وان رجم فديته على بيت المال فلو رجع أحد الاربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية وقبله حدوا ولا رجم ولو رجع أحد الخمسة لاشئ عليه فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية

(قوله وغرموا ربع الدية) كذا في عامة النسخ وفي نسخة كل الدية وعلى ما في العامة قال الرملي صوابه جميع الدية قال في النهر بعد قوله وغرم ربع الدية لان الذي تلف بشهادته انما هو ربع الحق ولذا لو رجع الكل حدوا وغرموا الدية اهـ

برجوع الثاني لانه وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه واتلافه شهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب واذا رجع الثالث ضمن ربع الدية وكذا الثاني والاول واذا رجع الخمسة ضمنوا الدية اخماسا كذا في الحاوي القدسي (قوله وضمن المزكون دية المرجوم ان ظهروا عبيدا) يعني ضمن المزكون برجوعهم عن التزكية دية المرجوم ان ظهر الشهود أنهم ليسوا أهلا للشهادة عند أبي حنيفة وقالا هي على بيت المال لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله أن الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط قيدنا بكونهم رجعوا بان قالوا تعمدنا الكذب مع علمنا بانهم ليسوا أحرارا لانهم لو ثبتوا على تزكيتهم ولم يرجعوا أو قالوا أخطأنا لم يضمنوا بالاجماع لانهم أخطؤا فيما عملوا لعامة المسلمين فصاروا كالقاضي وأفاد بالمزكين أنهم أخبروا بحرية الشهود واسلامهم وعدالتهم لتكون تزكية سواء كان بلفظ الشهادة أو بلفظ الاخبار لانهم لو أخبروا بانهم عدول ثم ظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا لانها ليست تزكية والقاضي قد أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر وقيد بالمزكين لانه لا ضمان على الشهود والمسئلة بحالها لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث وقوله ان ظهروا عبيدا مثال بل المراد ان ظهر أنهم ليسوا أهلا للشهادة ولو كانوا كفارا ثم اعلم أنه وقع في كثير من الكتب وجوب الضمان على المزكين بظهورهم عبيدا من غير تقييد برجوع المزكين حتى جعلها في المنظومة مسئلتين المسئلة الاولى فيما اذا ظهروا عبيدا الثانية اذا رجع المزكون وليس الامر كذلك والحاصل أن ظهور الشهود عبيدا أو عدمه لا تأثير له في ضمان المزكين وانما الموجب عليهم هو الرجوع فقط عند الامام واذا لم يرجعوا وظهروا عبيدا فالضمان في بيت المال اتفاقا (قوله كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك) أي يضمن المزكون الدية كما يضمن القاتل لمن أمر القاضي برجمه فظهر الشهود أنهم ليسوا أهلا للشهادة وفي القياس يجب القصاص على قاتله لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة وأشار بكون القاتل ضامنا الى أن الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل دم العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع وقيد بقوله وأمر القاضي برجمه لانه لو قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ على عاقلته والمراد من الامر بالرجم القضاء به فاستلزم ان يكون بعد التزكية فلو أمر برجمه بعد الشهادة قبل التعديل خطأ من القاضي وقتله رجل عمدا وجب القصاص أو خطأ وجبت الدية في ثلاث سنين وقيد بقوله فظهروا كذلك لانه لو قتله بعد الامر بالرجم ولم يظهر الشهود كذلك فلا شيء عليه ولم يذكر المصنف تعزير القاتل ولا شك فيه لافتياته على الامام كما في فتح القدير وقيد بقتل المأمور برجمه لان من قتل من قضي بقتله قصاصا فانه يقتص منه سواء ظهر الشهود عبيدا أولا لان الاستيفاء للولي كذا في التبيين من كتاب الردة (قوله وان رجم فوجدوا عبيدا فديته في بيت المال) لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله اليه كذا في الهداية وهو يقتضي ان يضبط رجم بالبناء للفاعل أي وان رجم رجل من أمر القاضي برجمه والمسئلة الاولى بيان لقتله بالسيف والثانية بيان لقتله بالرجم واقتصر عليه في فتح القدير

وضمن المزكون دية المرجوم ان ظهروا عبيدا كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك وان رجم فوجدوا عبيدا فديته في بيت المال

وان قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم ولو أنكر الاحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه رجم

﴿باب حد الشرب﴾

من شرب خمرا وأخذ وريحها موجود أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة حدان علم شربه طوعا وصحا

و يجوز أن يكون مبنيا للمفعول أي ان رجم المشهود عليه بالزنا في هذه الحالة ثم تبين حال الشهود كذا في غاية البيان ولم أرهل تؤخذ الدية حالا أو مؤجلة (قوله وان قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبل شهادتهم) لانه يباح النظر لهم الى الفرج ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة والخافضة والختان والاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب قيد بقوله تعمدنا النظر لانهم لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل شهادتهم اجماعا لفسقهم (قوله ولو أنكر الاحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت منه زوجته رجم) أي لو أنكر الدخول بعد وجود سائر الشروط أما اذا ولدت منه فلان الحكم باثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله وأما اذا شهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان بعدما أنكر بعض شرائطه كالنكاح والدخول والحرية فانه يرجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة ولا يرد أنه يصح الرجوع عن الاقرار به فدل أنه كالحد لانا نقول انما صح لانه لا مكذب له فيه بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه يتضرر به المسلم أو يتضرر به المسلم والمراد بقوله أو ولدت منه أن يكون له من زوجته ولد قبل الزنا قال في غاية البيان ودلت هذه المسئلة على ان اثبات الاحصان ليس مثل اثبات العقوبات كالحدود والقصاص لانها لا تثبت بدلالة الظواهر قالوا وكيفية الشهادة بالدخول ان يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما وقال محمد لا يكفي ولا يثبت بذلك احصانه لانه مشترك بين الوطء والزفاف والخلوة والزيارة فلا يثبت بالشك كلفظ القربان والاتيان ولهما أنه متى أضيف الى المرأة بحرف الباء يتعين للجماع بخلاف دخل عليها فانه للزيارة ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا دونها وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة واذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده وان رجع شهود الاحصان لا يضمنون وهي معروفة وفي المحيط امرأة الرجل اذا أقرت انها أمة هذا الرجل فزنى الرجل يرجم وان أقرت بالرق قبل ان يدخل بها ثم زنى الرجل لا يرجم استحسانا لا قياسا رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها قال أبو يوسف لا يكونان بذلك محصنين لان هذا النكاح غير صحيح قطعا للاختلاف العلماء والاخبار فيه اهـ والله أعلم

﴿باب حد الشرب﴾

أي الشرب المحرم أخره عن الزنا لانه أقبح منه وأغلظ عقوبة وقدمه على حد القذف لتيقن الحرمة في الشارب دون القاذف لاحتمال صدقه وتأخير حد السرقة لانه لصيانة الاموال التابعة للنفوس (قوله من شرب خمرا وأخذ وريحها موجود أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة حدان علم شربه طوعا وصحا) للحديث من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه فان عاد في الرابعة فاقتلوه أخرجه أصحاب السنن الاربعة الا النسائي ثم نسخ القتل في الرابعة بما رواه النسائي أنه عليه السلام قد أتي برجل شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ

(قوله فاشبه الطبيب الخ) ذكر المواضع التي يباح فيها النظر الى العورة عند العذر وقد نظمتها بقولي

ولا تنظر لعورة أجنبي * بلا عذر كقابلة طبيب
وختان وخافضة وحقن * شهود زنا بلا قصد مريب
وعلم بكارة في عنة أو * زنا أو حين رد للمعيب

﴿باب حد الشرب﴾

فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وأن القتل قد ارتفع أطلق فى شرب الخمر فشمل القطرة الواحدة كما سنصرح به آخرا وفى وجود ريحها فشمل ما اذا كان الريح موجودا وقت الشهادة أو وقت رفعه الى الحاكم وهى على وجهين فان كان المكان قريبا فلابد من وجود الرائحة عند أداء الشهادة بان يشهدا بالشرب وبقيام الرائحة أو يشهدا به فقط فيأمر القاضى باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بان ريحها موجود فان شهدا به بعد مضى ريحها مع قرب المكان فسيأتى وان كان المكان بعيدا فزالت الرائحة فلابد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه فى حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم ولو أخر المصنف اشتراط وجود الرائحة عن السكران بان قال بعد قوله ولو بنبيذ وأخذ وريح ما شرب منه موجود لكان أولى لانه لابد من وجود رائحة الشراب الذى شرب به خمرا كان أو نبيذا اسكر منه وقد ذكر المصنف الريح حيث قال موجود وفى الهداية وريحها موجودة وهو الحق لان الريح من الاسماء المؤنثة السماعية كما فى غاية البيان وقيد بالرجلين لان شهادة النساء لا تقبل فى الحدود للشبهة ولم يذكر المصنف أن القاضى يسأل الشهود كما يسألهم فى الزنا وقد ذكره قاضيخان فى الفتاوى فقال واذا شهد الشهود عند القاضى على رجل بشرب الخمر سألهم القاضى عن الخمر ما هى ثم سألهم كيف شرب لاحتمال أنه كان مكرها ثم يسألهم متى شرب لاحتمال التقادم ثم يسألهم أنه أين شرب لاحتمال أنه شرب فى دار الحرب اه وينبغى أن يكون السؤال عن الوقت مبنيا على قول محمد وأما على المذهب فلا لان وجود الرائحة كاف ثم قال واذا بينوا ذلك حبسه القاضى حتى يسأل عن العدالة ولا يقضى بظاهر العدالة اه والمشهود عليه بشربها لابد أن يكون بالغا عاقلا مسلما ناطقا فلا حد على صبى ولا مجنون ولا كافر قال فى الظهيرية رجل ارتد عن الاسلام والعياذ بالله تعالى ثم أتى به الى الامام ثم شرب خمرا أو سكر من غير خمر أو سرق أو زنى ثم تاب وأسلم فانه يحد فى جميع ذلك ما خلا الخمر والسكر فانه لا يحد فيهما لان المرتد كافر وحد السكر والخمر لا يقام على أحد من الكفار اه وفى الخانية ولا يحد الاخرس سواء شهد الشهود عليه أو أشار باشارة معهودة يكون ذلك اقرارا منه فى المعاملات لان الحدود لا تثبت بالشبهات ويحد الاعمى ولو قال المشهود عليه بشرب الخمر ظننتها لبنا أو قال لا أعلم أنها خمر لا يقبل ذلك لانه يعرفها بالرائحة والذوق من غير ابتلاع وان قال ظننتها نبيذا قبل منه لان غير الخمر بعد الغليان والشدة يشارك الخمر فى الذوق والرائحة اه ولابد من اتفاق الشاهدين فلو شهدا على الشرب والريح يوجد منه لكنهما اختلفا فى الوقت لم يحد وكذا لو شهد أحدهما أنه شربها وشهد الآخر باقراره بشربها وكذلك لو شهد أحدهما أنه سكر من الخمر وشهد الآخر أنه سكر من السكر كذا فى الظهيرية وفى حصره الثبوت فى البينة والاقرار دليل على أن من يوجد فى بيته الخمر وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرهم أحد يشربونها غير أنهم جلسوا مجلس من يشربها لا يحدون وانما يعزرون وكذلك الرجل يوجد معه ركوة من خمر وكان فى عهد أبى حنيفة من يقول بوجوب الحد عليه فقال له الامام لم تحده فقال لان معه آلة الشرب والفساد فقال الامام فارجمه اذن فان معه آلة الزنا كذا فى الظهيرية وفى قوله مرة رد لقول أبى يوسف أنه لابد من مرتين اعتبارا بالشهادة كما فى الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره وشرط أن يعلم شربه طوعا وهو بأن تشهد الشهود أنه شربه طائعا لان الشرب مكرها لا يوجب الحد قال فى الخانية ولو قال أكرهت عليها لا يقبل لان الشهود شهدوا عليه بالشرب طائعا ولو لم يشهدوا

(قوله وحد الخمر والسكر لا يقام على أحد من الكفار) قال فى النهر وفى منية المفتى سكر الذمى من الحرام حد فى الاصح ولعل هذا هو العذر للمصنف فى حذفه قيد الاسلام الا أنه فى فتاوى قارئ الهداية أجاب حين سئل عن الذمى اذا سكر هل يحد قال اذا شرب الخمر وسكر منه المذهب أنه لا يحد وأفتى الحسن بانه يحد واستحسنه بعض المشايخ لان السكر فى جميع الاديان حرام

بذلك لا تقبل شهادتهم فلو قبلنا قوله كان لكل من شهد عليه بالشرب أن يقول كنت مكرها فيرتفع الحد اهـ قال في الظهيرية فرق بين هذا وبين ما إذا ادعى المشهود عليه بالزنا أنه نكحها فإنه لا تعدلان هناك هو ينكر السبب الموجب للحد لأن الفعل يخرج عن أن يكون زنا بالنكاح وههنا بعذر الإكراه لا ينعدم السبب وهو حقيقة شرب الخمر إنما هذا عذر مسقط فلا يثبت إلا ببينة تقوم بها على ذلك اهـ وظاهر كلام المصنف أن الصحو شرط لإقامة الحد حتى لو حده في حال سكره لا يكتفي به لعدم فائدته من كونه زاجرا وفي القنية لا يجوز لقاضي الرستاق أو فقيهه أو المتفقهة وأئمة المساجد إقامة حد الشرب إلا بتولية الإمام (قوله وإن أقر أو شهدا بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله لا) أي لا يحد في هذه المسائل كلها أما ثبوته بعد زوال رائحتها بإقرار أو ببينة فللتقادم وهو مقدر به فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما يشتبه على الجهال وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا ورجح في غاية البيان قول محمد فقال والمذهب عندي في الإقرار ما قاله محمد لأن حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنكره بعض أهل العلم قال أبو عبيد لأن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرا بها الرد والإعراض وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقر ماعز فكيف يأمر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره فالوجه في تأويله أنه جاء في رجل أنه مولع بالشراب مدمن فاستجاز ذلك اهـ وفي فتح القدير وقول محمد هو الصحيح اهـ والحاصل أن المذهب قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى وقدمنا التفصيل في اشتراط وجود الرائحة وأن المسافة إذا كانت بعيدة فالشرط وجودها عند التحمل لا الأداء وهو المراد بقوله لا لبعد المسافة وقدمنا أن وجود الرائحة لا بد منها سواء كان قد شرب الخمر أو سكر من نبيذ وقول الزيلعي وأشار في الهداية إلى أنه لا يشترط غير صحيح لأنه قال أولا ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤوا به وهو سكران وثانيا فإن أخذه الشهود وريحها توجد أو سكران وكونه سكران مغن عن اشتراط وجود الرائحة إذ لا يوجد سكران بغير رائحة ما شربه وأما إذا وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها فلأنه يحتمل أنه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة محتملة أيضا فلا يجب الحد بالشك وأشار إلى أنه لو وجد سكران لا يحد من غير إقرار ولا بينة لاحتمال

(قوله وظاهر كلام المصنف أن الصحو شرط لإقامة الحد) ظاهر كلامه أنه لم ير نقلا صريحا ونقله في النهر عن العيني وفي التتارخانية ولو شهد الشهود على السكران لا يقام عليه الحد حتى يصحو فإذا صحا يقام عليه سواء ذهبت رائحة الخمر منه أو لم تذهب (قوله غير أنه مقدر بالزمان عند محمد) أي بشهر كما قدمه في الباب السابق (قوله ويتلتلوه ويمزمزه) قال في الفتح المزمزة التحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتائين مثناتين من فوق (قوله وقول الزيلعي وأشار في الهداية الخ) أقول ما ذكره من عبارة الهداية ظاهر فيما قاله الزيلعي لأن الرائحة قد يزيلها السكران باستعمال شيء فلا يلزم من وجود السكر وجود الرائحة ثم رأيت في حاشية أبي السعود كما ذكرت حيث قال بعد سوقه عبارة المؤلف وفيه نظر إذ ما نقله في البحر عن الهداية لا ينافي ما ادعاه الزيلعي حتى لو ذهبت الريح بالمعالجة لم يكن ذلك مانعا من إقامة الحد كما قدمناه عن البرجندي معزيا للمحيط وهذا الذي قد فهمه الزيلعي من عبارة الهداية هو الظاهر وقوله إذ لا يوجد سكران الخ غير مسلم لما علمت من عدم التلازم بينهما

وإن أقر أو شهد بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله لا

ماذكرنا ولاحتمال أنه سكر من المباح وفي الظهيرية شهدوا أحدهما أنه شربها والآخر أنه قاءها لم يحدوا واذا شرب قوم نبيذا فسكر منه بعضهم دون البعض حد من سكر وأما اذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لانه يحتمل أن يكون صادقا فصارت شبهة والحدود تدرأ بالشبهات وأما اذا أقر وهو سكران فلزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال للدرء لانه خالص حق الله تعالى وأشار الى ان كل حد كان خالصا لله تعالى فلا يصح اقرار السكران به وان مالم يكن خالصا لله تعالى فانه يصح اقراره به كحد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته والحاصل أن اقراره بالحدود لا يصح الا حد القذف واقراره بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها صحيح لانها لا تقبل الرجوع ولذا اذا أقر بالسرقة ولم يقطع لسكره أخذ منه المال وصار ضامنا له وأما ارتداده فليس بصحيح فلا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر قال في فتح القدير هذا في الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا وفي التبيين وعند أبي يوسف ارتداده كفر ذكره في الذخيرة وأما اذا أسلم ينبغي ان يصح كاسلام المكره اه وفي فتح القدير ان اسلامه غير صحيح وقيد بالاقرار لانهم لو شهدوا عليه بالشرب وهو سكران قبلت شهادتهم وكذا بالزنا وهو سكران كما اذا زنى وهو سكران وكذا بالسرقة وهو سكران ويحد بعد الصحو ويقطع لان الانشاء لا يحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما ينفذ من غير قصد واعتقاد وهذا كله اذا سكر من المحرم وأما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء والبنج فلا تعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية وفي الخانية وان زال عقله بالبنج فطلق ان كان حين تناوله البنج علم انه بنج يقع الطلاق وان لم يعلم لا يقع وعن أبي يوسف ومحمد لا يقع من غير فصل وهو الصحيح اه وهذا يدل على أن البنج حلال مطلقا على الصحيح وقوله بان زال عقله بيان لحد السكر فعند أبي حنيفة السكران من النبيذ الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة ولا الارض من السماء وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه غالبا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران لانه السكران في العرف واليه مال أكثر المشايخ وله ان يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درأ للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط وفي الخانية وبقولهما أفتى المشايخ وفي فتح القدير واختاره للفتوى لضعف دليل الامام واستدل له في الظهيرية بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال من بات سكران بات عروسا للشيطان فعليه ان يغتسل اذا أصبح فهذا اشارة الى ان السكران من لا يحس بشيء مما يصنع به وحكي ان أئمة بلخ اتفقوا على انه يستقرأ سورة من القرآن فان أمكنه ان يقرأها فليس بسكران

(قوله وهذا يدل على ان البنج حلال مطلقا) اى سواء علم به اولا و[illegible]
أو الذرة أو نحو ذلك أو من البنج أو لبن الرماك لم يحد ثم قال وفي جامع الجوامع وجدت بخط شيخي في زماننا الفتوى على ان من سكر من البنج يحد اه ومثله في [illegible] القهستاني عن النهاية وفي العناية روايتا الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام وكلام المصنف يدل على ان البنج مباح ولا تنافي بينهما اه وفي حاشية أبي السعود بعد نقله عن المؤلف تصحيح الحل ومخالفه ما جزم به في التنوير من كتاب الاشربة بحرمته ونصه ويحرم أكل البنج والحشيشة والافيون لكن دون حرمة الخمر اه قلت التوفيق بينهما ممكن بما نقله شيخنا عن القهستاني آخر كتاب الاشربة ونصه ان البنج أحد نوعي القنب حرام لانه يزيل العقل وعليه الفتوى بخلاف نوع آخر منه فانه مباح كالافريت لانه وان اختل العقل به لكنه لا يزيل وعليه يحمل ما في الهداية وغيرها من اباحة البنج كما في شرح اللباب (قوله وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) أي فيندرئ به الحد قال في العناية ولهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة توجد حتى بالاختلاط وهذا معنى قوله والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى

وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا وللعبد نصفه وفرق على بدنه كحد الزنا

﴿باب حد القذف﴾

حتى يحكى ان أمير ابلخ أتاه بعض الشرطى بسكران بسكون الراء فأمره الامير ان يقرأ قل يا أيها الكافرون فقال السكران للامير اقرأ سورة الفاتحة أولا فلما قال الامير الحمد لله رب العالمين قال قف فقد أخطأت من وجهين تركت التعوذ عند افتتاح القراءة وتركت التسمية وهى آية من أول الفاتحة عند بعض الائمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطى الذى جاء به ويقول أمرتك ان تأتينى بالسكران فجئتنى بمقرئ بلخ اهـ وفى فتح القدير ولا شك ان المراد ممن يحفظ القرآن أو كان يحفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها أصلا ولا ينبغى ان يعول على هذا بل ولا معتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله تعالى فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها الى الكفر ولا ينبغى لاحد ان يلزم أحدا بطريق ذكرناه وكفروان لم يؤاخذ به (قوله وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضى الله عنهم روى البخارى من حديث السائب بن يزيد قال كنا نأتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من خلافة عمر رضى الله عنهما فنقوم عليه بايدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر امرة عمر رضى الله عنه فجلد أربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين وحاصل ما فى فتح القدير انه عليه الصلاة والسلام لم يسن فيه عددا معينا ثم قدره أبو بكر وعمر رضى الله عنهما باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم عنه عليه السلام عدم تعيينه لعلمهم انه عليه السلام انتهى الى هذه الغاية فى ذلك الرجل لزيادة فساد منه ثم رأوا أهل الزمان تغيروا الى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه السلام فى أمثالهم والسكر فى عبارة المصنف بضم السين وسكون الكاف كذا السماع كما فى غاية البيان يعنى لا السكر بفتحتين نوع من الاشربة والحاصل ان حرمة الخمر قطعية فيحد بقليله وحرمة غيره ظنية فلا يحد الا بالسكر منه (قوله وللعبد نصفه) أى نصف هذا الحد وهو أربعون سوطا لما رواه مالك فى الموطأ ان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم قد جلدوا عبيدهم نصف الحد فى الخمر ولان الرق منصف للنعمة والعقوبة على ما عرف (قوله وفرق على بدنه كحد الزنا) لان تكرار الضرب فى موضع واحد قد يفضى الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا وأشار بالتشبيه الى انه لا يضرب الرأس ولا الوجه ولا الفرج كما قدمنا فى حد الزنا وانه يضرب بسوط لا ثمرة له وانه ينزع عنه ثيابه قال فى الهداية ثم يجرد فى المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف ووجه المشهور اذا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا اهـ وسيصرح المصنف رحمه الله فى فصل التعزير ان حد الشرب أخف من حد الزنا وصفا كما هو أخف منه قدرا والحاصل ان المضروب فى الحدود والتعزير يجرد عن ثيابه الا الازار احترازا عن كشف العورة الا حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه الا الحشو والفرو كذا فى غاية البيان الا انه قال والاصح عندى ما روى عن محمد من انه لا يجرد لعدم ورود النص بذلك

﴿باب حد القذف﴾

﴿باب حد القذف﴾

هو فى اللغة الرمى بالشئ وفى الشرع الرمى بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم كذا فى فتح القدير

وليس هو من الكبائر مطلقا بل بحضرة أحد اما القذف في الخلوة فصغيرة عند الشافعية كما في شرح جمع الجوامع وقواعدنا لا تأباه لان العلة فيه لحوق العار وهو مفقود في الخلوة وينبغي ان يقيد أيضا بكون المقذوف محصنا كما قيد به في الآية الكريمة فقذف غير المحصن لا يكون من الكبائر وانما لم يجب به الحد فينبغي ان يعرف القذف في الشرع بانه رمي المحصن بالزنا وفي فتح القدير وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماها بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد بل التعزير وفي النص اشارة اليه أي الى ان المراد الزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص للقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار ما نسب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (قوله هو كحد الشرب كمية وثبوتا) أي حد القذف كحد الشرب قدرا وهو ثمانون سوطا ان كان حرا ونصفه ان كان القاذف عبدا ويثبت سببه وهو القذف بشهادة رجلين أو باقرار القاذف مرة ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي ولو ادعى المقذوف ان له بينة حاضرة على القاذف في مصر يحبسه القاضي في قول أبي حنيفة الى قيام القاضي عن مجلسه يريد به أن يلازمه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه في قول أبي حنيفة ومحمد ولو أقام المقذوف شاهدا واحدا عدلا على القاذف وقال لي شاهد آخر في المصر قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحبسه القاضي وكذا لو أقام المدعي شاهدين مستورين لا يعرفهما القاضي بالعدالة فانه يحبسه وقال أبو يوسف لا يحبس بقول الواحد العدل ولو قال مدعي القذف شهودي خارج المصر أو أقام شاهدا واحدا وادعى ان بينته خارج المصر وطلب من القاضي حبس القاذف فانه لا يحبسه كذا في الخانية وفي الظهيرية هذا اذا كان المكان الذي فيه الشاهد بعيدا من المصر بحيث لا يمكنه الاحضار في ثلاثة أيام أما اذا كان المكان قريبا يمكنه الاحضار في ثلاثة أيام فانه يحبسه أيضا وفي الظهيرية أيضا اذا ادعى رجل على رجل انه قذفه وجاء بشاهدين فالقاضي يسأل الشاهدين عن القذف ما هو وكيف هو فاذا قالا نشهد انه قال له يا زاني قبلت شهادتهما وحد القاذف ان كانا عدلين

(قوله وليس هو من الكبائر مطلقا الخ) قال في النهر بعد ذكره ما مر والاول اي ما في الغاية بانه نسبة المحصن الى الزنا صريحا او دلالة اذ الاجماع انما هو في المحصن نعم قال الحليمي من الشافعية قذف الصغيرة والمملوكة والحرة المتهتكة من الصغائر لان الايذاء في قذفهن دونه في الحرة الكبيرة المستترة بل قال ابن عبد السلام منهم الظاهر ان قذف المحصن في خلوته بحيث لا يسمعه الا الله سبحانه وتعالى والحفظة ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة وخالفه البلقيني فقال بل الظاهر انه كبيرة موجبة للحد قطعا عن هذه المفسدة ولظاهر قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية وهذا رمى المحصنة وقوله عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات وعد منها قذف المحصنات وهكذا استدل في فتح القدير بالاجماع وهو مؤيد لما قاله البلقيني وما في البحر من ان قواعدنا لا تأبى ما قاله ابن عبد السلام مدفوع اه وقال الباقاني في شرحه على الملتقى بعد ذكره عبارة المؤلف أقول المذكور

هو كحد الشرب كمية وثبوتا

في جمع الجوامع للمحلي قال ابن عبد السلام قذف المحصن في الخلوة بحيث لا يسمعه الله تعالى والحفظة ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة وقال محشيه اللقاني المحقق من مثل هذه العبارة نفي ايجاب الحد لا نفي كونه كبيرة أيضا لان الكلام المقيد بقيود اذا نفي توجه النفي للقيد الاخير ويصير الكلام صادقا بنفي غيره وبثبوته اه وقال الزركشي قال ابن عبد السلام الظاهر ان من قذف محصنا في خلوته ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة وما قاله وان قد يظهر فيما اذا كان صادقا دون الكاذب لجراءته على الله تعالى اه فتامل اه وفي شرح الملتقى للحصكفي قلت والذي حررته في شرح منظومة والد شيخنا تبعا لشيخنا النجم الغزي الشافعي أنه من الكبائر وان كان صادقا ولا شهود له عليه ولو من الوالد لولده أو لولد ولده وان لم يحد به بل يعزر ولو لغير محصن وشرط الفقهاء الاحصان انما هو لوجوب الحد لا لكونه كبيرة وقد روى الطبراني عن واثلة عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم انه قال من قذف ذميا حد له يوم القيمة بسياط من نار (قوله فالقاضي يسأل الشاهدين عن القذف الخ) قال الحموي وينبغي ان يسألهما عن المكان لاحتمال ان يكون قذفه في دار الحرب أو البغي وعن الزمان لاحتمال ان يكون قذفه في صباه لا لاحتمال التقادم لانه لا يبطل به بخلاف سائر الحدود ثم رأيت الاول في البدائع اه أبو السعود

فان شهد أحدهما انه قال له يازاني يوم الجمعة وشهد الآخر انه قال له يازاني يوم الخميس قال أبو حنيفة تقبل هذه الشهادة وقالا لا تقبل وكذا لو شهد أحدهما بالاقرار والآخر بالانشاء اهـ (قوله فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا) أي طلب المقذوف مفرقا على أعضاء القاذف لما تلوناه من الآية وبينا من الاجماع قيد بالمحصن لان غيره لا يجب الحد بقذفه وفيه اشارة الى اشتراط عجز القاذف عن اقامة البينة على الزنا فانه اذا أقام بينة على صدق مقالته لم يبق المقذوف محصنا فاغنى ذكر الاحصان عن هذا الشرط وكذا لو صدقه المقذوف وفي الظهيرية رجل قذف رجلا بالزنا فرفعه المقذوف الى القاضي فقال القاذف عندي شهود عدول على ما قلت وأقامهم على ذلك فانه لا يحد وهل يحد المقذوف ان شهدوا بحد متقادم فانه لا يحد كما لو شهدوا عليه بالزنا قبل القذف ان كان متقادما لم يحد وان كان غير متقادم حد فكذلك ههنا اهـ وقيد بقوله بزنا لانه لو قذفه بغيره لا يكون قذفا شرعا لما قدمناه فلا حد بقوله وطئك فلان وطئا حراما أو جامعك حراما وأطلق في الزنا ولم يقيده بلفظ ليدخل فيه ما اذا قال زنيت أو يازاني أو أنت أزنى الناس أو أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى مني كما في الظهيرية ويخالفه ما في الخانية لو قال أنت أزنى مني لا حد عليه ولو قال لرجل يازانية بالتاء لا يحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يكون قاذفا ولو قال لامرأة يازاني يجب الحد في قولهم لانه ترخيم وهو حذف آخر الكلمة ولو قال لرجل زان لا حد عليه ولو قال لاهل قرية ليس فيكم زان الا واحدا أو قال كلكم زان الا واحدا أو قال لرجلين أحدكما زان فقيل هذا لاحدهما بعينه فقال نعم لا حد عليه ولو قال لرجل يازاني فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق ولو قال له صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضا ولو ان جماعة قالوا رأينا فلانا يزني بفلانة ثم قالوا فيما دون الفرج متصلا لا حد على المقذوف ولا على الجماعة ولو قطعوا الكلام ثم قالوا فيما دون الفرج كان عليهم حد القذف ولو قال من قال كذا وكذا فهو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت لا حد على المبتدى ولو قال لغيره أنت تزني لا حد عليه ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه ولو قال لامرأة زنى بك زوجك قبل ان يتزوجك كان قاذفا ولو قال لغيره زني فخذك أو ظهرك أو يدك لا حد عليه ولو قال زني فرجك كان قاذفا ولو قذف رجلا بغير لسان العربية كان عليه الحد ولو قال لغيره أخبرت انك زان أو قال أشهدت على ذلك لا حد عليه ولو قال لغيره زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما ولو قال عنيت وفلان معك شاهدا لا يصدق ولو قال أشهد انك زان فقال رجل آخر وأنا أشهد أيضا لا حد على الثاني الا ان يقول وأنا أشهد عليه بمثل ما شهدت به عليه فحينئذ يكون قاذفا ولو قال لغيره اذهب الى فلان وقل له يازاني فلا حد على الآمر وهل يحد المأمور ان كان المأمور قال له يازاني يحد وان قال له ان فلانا يقول لك يازاني لم يحد ولو قال لآخر ياابن الزانية وهذا معك قال ذلك بكلام واحد فهذا ليس بقذف للثاني ولو قال لرجل يازاني وهذا معك كان قاذفا لهما ولو قال لآخر ياابن الزانية وهذا ولم يقل معك فهو قاذف للثاني رجل قال لامرأة أجنبية زنيت ببعير أو بثور أو بحمار لا حد عليه لانه نسبها الى التمكين من البهائم ولو قال زنيت بناقة أو ببقرة أو بثوب أو بدرهم فعليه الحد لان معنى كلامه زنيت بناقة بذلت لك أو بدرهم بذلك لك في الزنا فان قيل بل معنى كلامه زنيت بدرهم استؤجرت عليه فينبغي ان لا يحد في قول أبي حنيفة وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والابدال قيل له هذا محتمل وما ذكرناه محتمل فيتقابل المحتملان ويبقى

(قوله وكذا لو شهد أحدهما بالاقرار الخ) قال أبو السعود يفيد قبول هذه الشهادة عند الامام وكلامه في النهر يفيد الاتفاق على أنها لا تقبل ونصه ولو شهد أحدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه أقر بقذفه في ذلك اليوم لم يحد في قولهم (قوله ويخالفه ما في الخانية الخ) كذا يخالفه ما في الجوهرة اذا قال أنت أزنى الناس فانه لا يحد لان معناه أنت أقدر الناس على الزنا اهـ والظاهر ان علة ما في الخانية هذه وعليه فيكون أنت أزنى من فلان الزاني

فلو قذف محصنا أو محصنة بالزنا حد بطلبه مفرقا

أو من فلان مثل أزنى الناس وأزنى مني تأمل ثم رأيته في النهر قال وفي أنت أزنى الناس أو من فلان خلاف ففي المبسوط لا حد عليه اذ معناه أنت أقدر الناس على الزنا وجزم قاضيخان بوجوبه وكذا في أنت أزنى مني جزم في الظهيرية بوجوبه وفي الخانية بانه لا يجب اهـ وأوضح المراد في التتارخانية حيث قال نقلا عن المحيط وفي كتاب الاختلاف روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة اذا قال لغيره أنت أزنى الناس أنت أزنى من الزناة أنت أزنى من فلان الزاني أنت أزنى فلان أو أنت أزنى مني فعليه الحد وقال أبو يوسف في الثلاث الاول الحد وفي الرابع والخامس لا يجب الحد اهـ (قوله فينبغي ان لا يحد الخ) يفيد أنه لا يحد القاذف

بنسبة المقذوف الى فعل يوجب الحد وبه صرح ابن الكمال (قوله ولو قال لرجل زنيت ببعير الخ) قال في النهر ولو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لم يحد لان الزنا ادخال ذكره في قبل مشتهاة الى آخره بخلاف ما لو قال زنيت بناقة أو أتان أو دراهم لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قيل هذا الرجل لا يحد لانه ليس العرف في جانبه أخذ المال اه وهو مخالف لما ذكره المؤلف فان هذا التعليل يفيد انه لو قال له زنيت بدار او ثوب ان لا يحد كما لو قال له بدراهم الا ان تكون الاشارة بقوله ولو قيل هذا الرجل الى قوله بحمار او بعير او ثور تأمل ثم رأيت في كافي الحاكم وان قال لرجل زنيت ببعير او ناقة أو ما أشبه ذلك أو بأمة لم يحد الا في الامة خاصة اه (قوله حتى لو قذف رتقاء أو مجبوبا لا يجب عليه الحد) زاد في النهر في قذف من لا يجب بقذفه الحد الخصي والمملوك للقاذف كما سيأتي والخنثى الذي بلغ مشكلا نص عليه في السراجية ووجهه ان نكاحه موقوف وهو لا يفيد الحل اه وفيه نظر ففي التتارخانية وكذلك اذا قذف الرتقاء لا حد عليه وكانت بمنزلة المجبوب بخلاف ما لو قذف خصيا أو عنينا لان الزنا منهما غير منتف وكذا اذا قذف امرأة عذراء لان الزنا متصور اه فكان الصواب ترك الخصي وكذا المملوك لما في حاشية مسكين عن الحموي ان الذي سيأتي ما اذا قذف أم مملوكه وأما المملوك فقذفه لا يوجب الحد مطلقا سواء كان مملوكه أو مملوك غيره كما سيأتي في التعزير واعترض الحموي أيضا تعليله بمسئلة الخنثى بانه لا دخل للنكاح البات المفيد للحل في ايجاب حد القذف حتى يترتب على عدمه عدم وجوب الحد وانما ذاك في حد الزنا بالرجم اه قلت بل لا دخل للنكاح أصلا قال في الدر المختار ينقص عن احصان الرجم بشيئين النكاح والدخول قلت والظاهر وجوب الحد بقذفه لعدم تحقق الزنا منه لاحتمال زيادة كل من السلعتين الا أنه قد يقال يمكن تحققه منه بان يأتي غيره ويأتيه غيره وعبارة السراجية مطلقة وهي على ما في التتارخانية قذف خنثى بلغ مشكلا ولم يتبين حاله لم يحد فتأمل ثم ظهر لي ان مراد النهر حمل المسئلة على ما اذا تزوج الخنثى المذكور ودخل فقذفه آخر فانه لا يحد بقذفه لانه وطئ في غير ملكه لكون نكاحه موقوفا لا يفيد الحل فلا يرد عليه ما مر أصلا (قوله لم يحد القاذف بقوله) قال في الشرنبلالية فهذا يستثنى من قول أئمتنا الوراهقا وقالا بلغنا صدقوا

قوله زنيت فكأنه لم يزد على هذا ولو قال لرجل زنيت ببعير أو بناقة أو ما أشبه ذلك لا حد عليه لانه نسبه الى اتيان البهيمة فان قال بامة أو دار أو ثوب فعليه الحد كذا في الخانية والظهيرية وبه تبين ان حد القذف لا يجب مع التصريح بالزنا في بعض المسائل لقرينة ويجب في بعض المسائل مع عدم التصريح مثل ما تقدم من قوله هو كما قال فحينئذ يحتاج الى ضبط هذه المسئلة وفي الخانية رجل قال لغيره بالوطي لا حد عليه ولو نسبه الى اللواطة صريحا لا حد عليه في قول أبي حنيفة وقال صاحباه يحد اه واعلم انه يشترط وجود الاحصان وقت الحد حتى لو زنى المقذوف قبل انه يقام الحد على القاذف أو وطئ وطئا حراما على ما ذكرنا أو ارتد والعياذ بالله تعالى سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد كذا في فتح القدير وقيد بطلبه لانه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار عن نفسه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح وأشار به الى ان قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه ولما كان الطالب ثم الحد لدفع العار استفيد منه انه لا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء أو مجبوبا لا يجب عليه الحد لانهما لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين (قوله ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو) اظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن به لاحتمال صدق القاذف فلا يقام على الشدة واما الفرو والحشو فيمنعان وصول الالم فينزعان بخلاف حد الزنا والشرب فانه ينزع عنه ثيابه كلها الا الازار كما قدمناه والمراد بالحشو الثوب المحشو كالمضرب بالقطن ومقتضى كلامهم انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع وفي فتح القدير والظاهر انه لو كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع من ايصال الالم الذي يصلح زاجرا (قوله واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن الزنا) فخرج الصبي والمجنون لانه لا يتصور منهما الزنا اذ هو فعل محرم والحرمة بالتكليف وفي الظهيرية اذا قذف غلاما مراهقا فادعى الغلام البلوغ بالسن أو الاحتلام لم يحد القاذف بقوله وخرج العبد لان الاحصان ينتظم الحرية قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فقذف العبد ولو مدبرا أو مكاتبا يوجب التعزير على قاذفه لا الحد وخرج الكافر لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن وفي الخانية ولا يجب حد القذف الا ان يكون المقذوف حرا ثبتت حريته باقرار القاذف أو بالبينة اذا أنكر القاذف حريته وكذا لو أنكر القاذف حرية نفسه وقال أنا عبد

وأحكامهما أحكام البالغين (قوله وفي الظهيرية لو قال لامرأته زنيت وأنت كافرة الخ) قال المؤلف في باب اللعان نقلا عن الفتح ولو أسند الزنا بأن قال زنيت وأنت صبية أو مجنونة وهو معهود وهي الآن أهل فلا لعان بخلاف وأنت ذمية أو أمة أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل تلاعنا لاقتصاره (قوله لانه لو قال ذلك للاجنبية يجب الحد) لانه قاذف يوم تكلم بزناها والمعتبر عندنا في القذف حال ظهوره دون حال الاضافة كذا في الجوهرة قال في منح الغفار أقول ما ذكره من الاصل مشكل لانه ان اعتبر في القذف حال ظهوره دون حال الاضافة لزم ان يحد في قوله زنيت بك وأنت صغيرة ٣٠ وكذا في نظائره فليتامل اه وأجاب الرملي في حاشيته عليه بأنه في الصغيرة ليس بقذف لعدم تصوره منها اذ ذاك ولذا لم يسقط به احصانها بخلاف الامة والكافرة فيحد لتصوره ولذلك يسقط الاحصان فلم يدخل الاول في الاصل اه والى هذا أشار في الفتح حيث قال ولو قال زنيت وأنت صغيرة لم يحد لعدم الاثم (قوله قال رضى الله عنه فيه نظر الخ) قال في النهر يؤيده ان رفع العار مجوز لا ملزم والا لامتنع عفوه عنه وأجبر على الدعوى وهو خلاف الواقع اه قلت بل قال في التتارخانية عن تجنيس الناصري وحسن أن لا يرفع القاذف الى القاضي ولا يطالبه بالحد وحسن من الامام أن يقول للمقذوف قبل أن يثبت عليه الحد أعرض عن هذا أو دعه اه (قوله لانه لا تشترط العفة عن الوطء الحرام) نظر فيه بان من جملة الوطء الحرام الذي ليس بزنا الوطء بنكاح فاسد والوطء بشبهة مع أنه تشترط العفة عنهما وأجيب بانه أراد الحرام لغيره والقرينة عليه ما يأتي آخر المقولة عن شرح الطحاوي وكذا ما يأتي عند قول المتن ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها الخ فراجعه فانه صريح في ذلك (قوله ولو وطئ جارية ابنه في عدة من زوج لها الخ) أقول قدم أول كتاب الحدود أنه لو وطئ جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا وصرح به في الفتح أيضا أول باب الوطء الذي لا يوجب الحد وسيأتي أيضا عند قول المصنف فيمن لا يحد قاذفه أو وطئ في غير ملكه انه تدخل فيه جارية ابنه

وعلى حد العفيف كان القول قوله اه ويثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين وبعلم القاضي ولا يحلف القاذف انه لا يعلم ان المقذوف محصن كذا في فتح القدير وفي الظهيرية لو قال لامرأته زنيت وأنت كافرة وهي في الحال مسلمة فانه يجب اللعان وكذلك لو قال زنيت وأنت أمة وهي في الحال حرة لانه لو قال ذلك للاجنبية يجب الحد وهذا بخلاف ما لو قال قذفتك وأنت كافرة أو وأنت أمة اه وخرج غير العفيف لان الاحصان ينتظم العفة أيضا قال تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أي العفائف ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا فالقاذف صادق فالشرائط الخمسة للاحصان داخلة تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا وفي القنية قذف وهو مصلح ظاهرا ولم يكن عفيفا في السر يعذر في مطالبة القاذف بالحد فيما بينه وبين الله تعالى قال رضى الله عنه فيه نظر فان المفهوم من قوله ولم يكن عفيفا في السر انه من الزناة وان كان زانيا لم يكن قذفه موجبا للحد فكيف يعذر اه وقيد بقوله عن الزنا لانه لا يشترط العفة عن الوطء الحرام ولذا قال في الظهيرية لو وطئ أمته المرتدة حد قاذفه ولو تزوج أمة على حرة فوطئها فاني أحد قاذفه كذا في المنتقى عن أبي يوسف قال الحاكم أبو الفضل هذا خلاف ما في الاصل قال ثم كل شئ اختلف فيه الفقهاء حرمه بعضهم وأحله بعضهم فاني أحد قاذفه وفيه أيضا لو وطئ أمته في عدة من زوج لها فاني أحد قاذفه لان ملكه في أمته صحيح ولو وطئ جارية ابنه في عدة من زوج لها فأحبلها أو لم يحبلها فانه يحد قاذفه قال أبو يوسف كل من درأت الحد عنه وجعلت عليه المهر وأثبت نسب الولد منه فاني أحد قاذفه وكذلك لو تزوج أمة لرجل بغير اذنه ودخل بها فاني أحد قاذفه هشام عن محمد في رجل اشترى أمة فوطئها ثم استبان انها أخته حد قاذفه ابن سماعة عن محمد في الرقيات أربعة شهدوا على رجل انه زنى بفلانة بنت فلان الفلانية امرأة معروفة سموها ووصفوا الزنا فأثبتوه والمرأة غائبة فرجم الرجل ثم ان رجلا قذف تلك المرأة الغائبة فخاصمته الى القاضي الذي قضى على الرجل بالرجم قال القياس ان يحد قاذفها لان القاضي انما قضى عليه لا عليها لكني أستحسن ان لا أحد قاذفها ثم قال وكما يزول الاحصان بالزنا من كل وجه يزول بالزنا من وجه فكل وطء حرم لعدم ملك المتعة من وجه فهو زنا من كل وجه وذلك كوطء الاجنبية وكل وطء حرم مع قيام ملك المتعة من كل وجه لعارض كوطء المرأة في حالة الحيض لا يزول به الاحصان واذا وطئ أمته المجوسية لا يزول احصانه لقيام ملك المتعة من كل وجه ولو اشترى أمة وطئها أبوه أو وطئ هو أمها ووطئها فقذفه انسان فلا حد على القاذف بالاجماع

وكذا لو اشترى أخته من الرضاعة ووطئها سقط احصانه لان الحرمة هنا ثابتة على سبيل التأبيد بخلاف ما تقدم ولو اشترى أمة لمس أمها أو بنتها بشهوة أو نظر الى فرج أمها أو بنتها بشهوة أو نظر أبوه أو ابنه الى فرجها بشهوة ووطئها قال أبو حنيفة لا يزول احصانه ويحد قاذفه وقالا يزول احصانه ولا يحد قاذفه وكذلك على الاختلاف اذا تزوج امرأة بهذه الصفة ووطئها اه وجعل في الخانية من وطئ بنكاح فاسد كمن وطئ الجارية المشتركة في عدم وجوب الحد على القاذف والحاصل ان من زنى أو وطئ بشبهة أو بنكاح فاسد في عمره أو وطئ من هي محرمة عليه على التأبيد سقط احصانه ومالا فلا كذا في شرح الطحاوي (قوله فلو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان في غضب حد وفي غيره لا) أي وان قال له ذلك في حالة الرضا فلا حد لانه عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته له في أسباب المروءة ثم اعلم انه قد وقع في الهداية مسئلتان الاولى قال ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت أمه مسلمة حرة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره الثانية قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد وعلله بما ذكرناه فظاهره انهما مسئلتان مختلفتان صورة وحكما لان في المسئلة الاولى قد نفاه عن ابيه من غير تعرض للاب الذي يدعى اليه وحكمها وجوب الحد مطلقا سواء كان في غضب أو رضا لانه لم يفصل وفي المسئلة الثانية قد نفاه عن أبيه المعين الذي يدعى اليه وحكمها التفصيل وقد حمل بعضهم المسئلة الاولى على التفصيل في الثانية وهو انه ان كان في حالة الغضب حد لا في غيره وجزم به في غاية البيان ولم يتعقبه في فتح القدير وهو بعيد لما صرح به في الكافي للحاكم الشهيد بقوله وان قال لرجل يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست لابيك وأمه حرة مسلمة فعليه الحد بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه اه لانه سوى بين الالفاظ الثلاثة وقد صرح في فتح القدير بانه اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا لا يتأتى فيه تفصيل بل يحد ألبتة اه فكذلك اذا قال لست لابيك لانهم صرحوا أنه بمعنى أمك زانية أو زنت ولا يراد به المعاتبة حالة الرضا لانه لم يعين أبا مخصوصا حتى ينفي أن يكون على اطلاقه ثم رأيت التصريح بذلك في فتاوى قاضيخان قال لرجل لست لابيك عن أبي يوسف أنه قذف كان ذلك في غضب أو رضا ولو قال ليس هذا أباك لابيه المعروف فان كان هذا في حالة الرضا أو على وجه الاستفهام لا يكون قذفا وان كان في غضب أو على وجه التعيير كان قذفا اه وما في فتح القدير من أن التقدير حالة الرضا لست لابيك المشهور مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق فبعيد كما لا يخفى وقد علم مما ذكرناه أنه لا بد من تقييد المختصر بان تكون أمه محصنة لانه قذف لها وما في الهداية من التقييد بحرية أمه واسلامها لا ينفي اشتراط بقية شروط الاحصان ولذا اعترضه الشارحون وأشار المصنف الى انه لو قال انك ابن فلان لغير أبيه فالحكم كذلك من التفصيل وقيد بالنفي عن أبيه فقط لانه لو نفاه عن أمه أو عن أبيه وأمه فلا حد في الاحوال كلها للكذب في الثاني ولان فيه نفي الزنا لان نفي الولادة نفي للوطء وللصدق في الاول لان النسب ليس لامه ولم يتعرض المصنف لطالب الولد لان الام ان كانت حية فالطلب لها وان كانت ميتة فالطلب لكل من يقع القدح في نسبه المخاطب وغيره سواء وفي القنية سمع أناس من اناس كثيرة ان فلانا ولد فلان والفلان يجحد فلهم أن يشهدوا مطلقا أن هذا ولده بمجرد السماع وان لم يعلموا حقيقته ولو قال واحد لهذا الولد ولد الزنا لا يحد اه (قوله كنفيه عن جده وقوله لعربي يا نبطي أو يا ابن ماء السماء ونسبته الى خاله وعمه ورابه) أي لا يحد

فلو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان في غضب حد وفي غيره لا كنفيه عن جده وقوله لعربي يا نبطي أو يا ابن ماء السماء ونسبته الى عمه أو خاله أو رابه

(قوله وهو بعيد لما صرح به في الكافي الخ) قال في النهر أقول ما جرى عليه شراح الهداية وأكثر المتأخرين من التقييد بالغضب هو المذهب لما قدمناه انه مع الرضا ليس قذفا وكيف يحد بما ليس قذفا وبه يضعف ما عن الثاني وكان هذه الرواية شاذة عنه ولذا ذكر في وسيط المحيط عنه انه قذف في حالة الغضب دون الرضا وما في الكافي لا دلالة فيه لما ادعاه بوجه مع استدلاله في النفي بالاثر وقد علمت انه محمول على حالة الغضب والفرق بينه وبين قوله يا ولد الزنا اظهر من الشمس وقت الضحى لانه لا يحتمل غير القذف فاستوت الحالتان فيه بخلاف النفي ثم رأيت في عقد الفرائد قال التفصيل هو ظاهر المذهب والاعتماد عليه دون ما يقع سواه فتنبه له

الحد فى هذه المسائل أما الاول وهو ما اذا نفاه عن جده فلانه صادق فى قوله وأشار الى أنه لو نسبه الى جده لا يحد أيضا لانه قد ينسب اليه مجازا وفى الظهيرية اذا قال لست من ولد فلان فهذا قذف ولو قال لست من ولادة فلان فهذا ليس بقذف واذا قال لغيره لست لاب لست لابيك لم يلدك أبوك فهذا كله قذف لامه وكذا اذا قال لست للرشدة اه وأما عدمه فيما اذا قال لعربى يا نبطى فلانه يراد به التشبيه فى الاخلاق أو عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربى لما قلنا وفسره الفقيه أبو الليث برجل من غير العرب وفى المغرب النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطى وعن ثعلب عن ابن الاعرابى رجل نباطى ولا تقل نبطى اه وأشار المصنف الى أنه لو قال لست من بنى فلان فلا حد وكذا اذا قال لهاشمى لست بهاشمى لكنه يعزر كما فى المبسوط وأما اذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ابن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وفى غاية البيان ماء السماء هو عامر أبو مزيقيا وسمى به لانه فى القحط أقام ماله مقام المطر وكان غياثا لقومه مثل ماء السماء للارض وكانت أم المنذر بن امرئ القيس أيضا ماء السماء لجمالها وحسنها وانما سمى عمرو ولده مزيقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما و يكره أن يعود فيهما و يكره أن يلبسهما غيره اه وأما اذا نسبه الى عمه أو خاله أو زوج أمه فلان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا أما الاول فلقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق فاسمعيل كان عما له أى ليعقوب عليهما السلام وأما الثانى فلقوله عليه السلام الخال أب وأما الثالث فللتربية ونسبته الى المربى فى الكتاب دون زوج الام يشير الى أن العبرة فيه للتربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه وجب أن لا يحد كذا فى التبيين وظاهر كلام المصنف كغيره أنه لا يحد فى هذه المسائل سواء كان فى حالة الغضب أو الرضا وفى فتح القدير وقد ذكرناه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعنى وهو معروف يحد فى حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمى به وان كان للسخاء أو الصفاء فينبغى فى حال الغضب أن يحمل على النفى لكن جواب المسئلة مطلق فالجواب المالم يعهد استعماله لذلك القصد يكن أن يجعل المراد فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قوله لست بعربى لما لم تستعمل فى النفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء عنه ليس غير اه (قوله ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده حد) لانه قذف محصنة بعد موتها فلكل من يقع القدح فى نسبه بقذفه له المطالبة وهم الاصول والفروع لان العار يلحق

(قوله أما الاول وهو ما اذا نفاه عن جده الخ) قال فى الفتح واعلم ان قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازى هو نفى المشابهة ومعنى حقيقى هو نفى كونه من مائه مع زنا الام به أو عدمه بل بشبهة فهى ثلاث معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فعنه يراد نفى كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازى وقوله لست بابن فلان لجده له معنى مجازى هو نفى مشابهته لجده ومعنيان حقيقى وهو نفى كونه مخلوقا من مائه وآخر هو نفى كونه أبا أعلى له وهو يصدق بصورتين نفى كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به أو جاءت به بشبهة وهذه المعانى يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب أحدها بعينه فى الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره فى السباب بان أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب ان يحكم أيضا بتعيين الغضب فى المعنى الثانى الذى هو نفى نسب أبيه عنه وقذف جدته

ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده حد

به فانه لا معنى لاخباره فى حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجته أبعد فى الارادة من ان يراد نفى أبوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مخلص الا بان يكون فيها اجماع على نفى الحد بلا تفصيل كما ان فى تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل اه قلت قد يجاب بالفرق وهو ان ارادة القذف فى نفيه عن جده بالعدول عن الحقيقة الى المجاز للقرينة وذلك شبهة يندرئ بها الحد لان الاصل فى الكلام الحقيقة وحال المسلم شاهدة بانه أراد الحقيقة وأتى فى حال الشتم بكلام يحتمل القذف فصارت حالته قرينة معارضة لقرينة ارادة الشتم بخلاف نفيه عن أبيه فانه قذف حقيقة وحالة الغضب قرينة أيضا مساعدة للمعنى الحقيقى وكون القذف محرما قرينة على ارادة المعنى المجازى وهو كونه ليس مثل أبيه فى الاخلاق فقد تعارضت القرينتان وهما حالة الغضب وحالة المسلم فتساقطتا وبقى المعنى الحقيقى سالما عن المعارض وهو نفى كونه مخلوقا من مائه (قوله وأشار المصنف الى انه لو قال لست من بنى فلان) يعنى القبيلة كما صرح به فى الخانية

بهم لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا لهم معنى فيدعونها لانها لو كانت حية لم يكن لهم
المطالبة لجواز أن تصدق القاذف اذا حضرت والتقييد بقذف الام اتفاقي لانه لو قذف رجلا
وهو ميت فلاصله أو فرعه المطالبة ولذا ذكر في شرح الطحاوي ولو قذف ميتا وجب الحد على القاذف
وللوالدين والمولودين أن يخاصموا سواء كان الولد أو الوالد أو لم يكن والتقييد بالوالد اتفاقي أيضا
اذ الام كذلك لما قدمناه من قوله وللوالدين فعلى هذا لو قذف ميتا بالزنا وله أم فلها المطالبة لانه
يلحقها العار بذلك وصرح الزيلعي بان للاصول المطالبة وهو يقتضي أن للجد المطالبة وقد صرح
في غاية البيان معزيا الى شرح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث بان المراد الاب والجد وان علا ويخالفه
ما في فتاوى قاضيخان من أن الجد أب الاب لا يطالب به ولا أم الام ولا الاخ ولا العم ولا العمة ولا مولاه
كذا في فتح القدير وهو سهو من القلم في النسخة التي نقل منها والموجود في الفتاوى أن الجد أب الام
ليس له المطالبة وليس فيما ذكر الجد أبو الاب فالحق أن له المطالبة وأفاد بالتعبير بأو أن للفرع
المطالبة مع وجود أصله وأن لولد الولد المطالبة مع وجود الولد وأنه اذا صدق القاذف بعضهم
فللبعض الآخر المطالبة ولذا ذكر في الخانية أن رجلا لو قذف ميتا وله ابنان فصدقه أحدهما
فللآخر أن يحده اهـ وكذا اذا عفا بعضهم فللآخر المطالبة وأطلق في الولد فشمل ولد البنت فله
المطالبة بقذف جده وروي عن محمد خلافه والمذهب الاول لان الشين يلحقه اذ النسب ثابت من
الطرفين وقد أفاد صريح كلام المصنف أن لولد الولد المطالبة بقذف جده ولم يخالف في ذلك الا زفر
ولا يخالفه ما في الخانية من أنه لو قال له جدك زان لا حد عليه لما علله في الظهيرية من أنه لا يدري
أي جد هو وأوضحه في فتح القدير بان في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف
قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجدته الادنى فان كان أو كانت محصنة حد اهـ وقد استفيد
مما قدمه أنه لا بد أن يكون المقذوف ميتا محصنا فلذا لم يقيد به هنا وأطلق في الطالب فشمل ما اذا
كان غير محصن فلو كان أصل المحصن الميت أو فرعه كافرا أو عبدا فله أن يطالب بالحد خلافا لزفر
لانه من أهل الاستحقاق اذ الكفر أو الرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن الى الزنا بخلاف ما اذا قذفه
هو لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار فلو قال المصنف ولو قذف ميتا محصنا فلاصله وان علا أو فرعه
وان سفل مطلقا المطالبة لكان أولى (قوله ولا يطالب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) لان المولى
لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده والمراد بالولد
الفرع وان سفل وبالاب الاصل وان علا ذكرا كان أو أنثى قالوا وليس للولد المطالبة بالحد اذا
كان القاذف أباه أو جده وان علا أو أمه وجدته وان علت كذا في غاية البيان وأشار الى انهما
لا يطالبان بقذفهما بالاولى وقيد بولد القاذف لانه لو كان للمقذوفة الميتة ابنان أحدهما من غير
القاذف فله أن يطالب بالحد لعدم المانع في حقه وكذا لو كان لها أب ونحوه فله المطالبة حيث لم يكن
مملوكا للقاذف فسقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما
أن القصاص حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر ارثهم فاذا اسقط حقه
بعضهم وهو لا يقبل التجزي سقط حق الباقين ضرورة وأما حد القذف فحق الله تعالى وانما
للعبد حق الخصومة اذا لحقه به شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فسقوط حق بعضهم في
الخصومة لا يسقط حق الباقين ولهذا كان للابعد منهم حق مع وجود الاقرب وقيد بالقذف لانه
لو شتمه والده فانه يعزر قال في القنية ولو قال لآخر يا حرام زاده لا يجب عليه حد القذف قال

ولا يطالب ولد وعبد أباه
وسيده بقذف أمه

(قوله ولا الام ولا الاخ)
كذا في عامة النسخ وفي
نسخة ولا أم الام وهي
الصواب الموافقة لما في
الفتح والخانية

وقد كتب انه لو قال ذلك الوالد لولده يجب عليه التعزير اه وفي نفسي منه شئ لتصريحهم
بان الوالد لا يعاقب بسبب ولده فاذا كان القذف لا يوجب عليه شيأ فالشتم أولى (قوله ويبطل
بموت المقذوف) أي بطل الحد لانه لا يورث عندنا ولا خلاف في انه فيه حق الشرع وحق
العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق
العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية
حق الشرع و بكل ذلك تشهد الاحكام فاذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد
تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من
الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق
الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي تتفرع عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ
الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح العفو عن المقذوف
عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه و يجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن أبي
يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن أصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول
أظهر كذا في الهداية واعلم انهم اتفقوا على انه يشترط الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم
ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في أيام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي
حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضى ثم ولي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده ويقدم
استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وهذا كله باعتبار
حق العبد واتفقوا على ان الامام يستوفيه دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند
سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى ولا يباح
القذف باباحته ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى ان يثبت وهذا كله باعتبار حق الله تعالى
ووقع الاختلاف في الفروع المذكورة أولا ثم اعلم ان صدر الاسلام وان صحح ان الغالب حق
العبد لم يخالف في الفروع من عدم الارث وصحة العفو الى آخره وانما أجاب عنها كما في التبيين
وأطلق بطلانه بموت المقذوف فشمل الكل والبعض حتى لو ضرب القاذف بعض الحد فمات
المقذوف لا يقام ما بقي وقيد بكونه قذفه حيا اذ لو قذفه ميتا فلاصله وفرعه المطالبة بطريق الاصالة
لا بطريق الميراث (قوله لا بالرجوع والعفو) أي لا يبطل برجوع القاذف عن الاقرار ولا بعفو
المقذوف لما قدمناه وقد توهم بعض حنفية زماننا من عدم صحة العفو ان القاضي يقيم الحد عليه
مع عفو المقذوف وتعلق بما في فتح القدير من قوله ومنها العفو فانه بعدما ثبت عند الحاكم القذف
والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه العفو و يحد عندنا اه وهو غلط فاحش
فقد صرح في المبسوط بانه اذا قضى القاضي بحد القذف على القاذف ثم عفا المقذوف عنه بعوض
أو بغير عوض لم يسقط الحد ولكن الحد وان لم يسقط بعفوه فاذا ذهب العافي لا يكون للامام ان
يستوفيه لما بينا ان الاستيفاء عند طلبه وقد ترك الطلب الا اذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد لان
العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم الى الآن اه وفي غاية البيان معزيا الى الشامل لا يصح عفو
المقذوف الا ان يقول لم يقذفني أو كذب شهودي لانه حق الله تعالى الا ان خصومته شرط اه
ويدل عليه أيضا ما في كافي الحاكم لو غاب المقذوف بعدما ضرب بعض الحد لم يتم الحد الا وهو حاضر
لاحتمال العفو فالعفو الصريح أولى فتعين حمل ما في فتح القدير على ما اذا عاد وطلب (قوله ولو

ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو ولو

(قوله وفي نفسي منه شئ الخ) نقله الشرنبلالي وأقره واقتصر في الرمز والمنح على ما في القنية ولم يعولا على ما ذكره المؤلف ومنعه في النهر أيضا ولم يبين وجهه وقد وجهه بعض الفضلاء بان الحد يندرئ بالشبهة لانه حق الله تعالى وحرمة الابوة شبهة صالحة للدرء والتعزير خالص حق العبد وهو لا يندرئ بالشبهة ولا يلزم من سقوط الادنى سقوط الاعلى اه ولا يخفى ان قولهم لا يعاقب يشمل التعزير فيبقى توقف المؤلف وابداء هذا الفرق لا يدفعه تامل (قوله فقد صرح في المبسوط بانه اذا قضى الخ) في الخانية من كتاب الصلح رجل قذف محصنا أو محصنة فأراد المقذوف حد القذف فصالحه القاذف على دراهم مسماة أو على شئ آخر على ان يعفو عنه ففعل لم يجز الصلح حتى لا يجب المال وهل يسقط الحد ان كان ذلك بعدما رفع الى القاضي لا يبطل الحد اه وهذا لا يعارض ما في المبسوط لان قاضيخان انما حكم بعدم بطلان الحد بالصلح وأما كونه

قال زنأت فى الجبل وعنى الصعود حد) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه الصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زانى أو قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه قيد بفى لانه لو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه وفى غاية البيان والمذهب عندى اذا كان هذا الكلام خرج على وجه الغضب والسباب يجب الحد لدلالة الحال على ذلك اذ لا يكون صعود الجبل سببا والا فلا للاحتمال والحد لا يجب بالاحتمال اه وفى فتح القدير والاوجه وجوب الحد حيث كان فى الغضب وقيد بقوله زنأت بالهمز اذ لو كان بالياء وجب الحد اتفاقا وقيد بالجار والمجرور اذ لو اقتصر على قوله زنأت يحد اتفاقا كما أفاده فى غاية البيان وأطلق فى وجوب الحد وقيده الشارحون بان يكون فى حالة الغضب أما فى حالة الرضا فلا حد اتفاقا وبهذا ترجح قولهما فما فى المغرب من ان زنأ فى الجبل بمعنى صعد فقول محمد أظهر اه ليس بظاهر وقيد بقوله وعنى الصعود لانه لو لم يعن الصعود يحد اتفاقا

(قوله ولو قال يا زانى وعكس حدا) أى المبتدى والمجيب بقوله لا بل أنت لان كلا منهما قذف صاحبه اما الاول فظاهر وكذا الثانى لان معناه لا بل أنت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك به الغلط فيصير المذكور فى الاول خبرا لما بعد بل وانما لم يلتقيا قصاصا لان فى حد القذف الغالب حق الله تعالى فلو جعل قصاصا يلزم اسقاط حقه تعالى فلا يجوز ذلك ولذا لم يجز عفو المقذوف فاذا طالب كل منهما الآخر وأثبته لزم الاستيفاء فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما كذا فى فتح القدير وظاهره انه يقام عليهما ولو اسقطاه وتقدم عدم صحته وانه غلط فى الفهم فاذا أسقطاه بعد الثبوت امتنع الامام من اقامته لعدم الطلب لا لصحة الاسقاط فاذا عادا وطلبا اقامه عليهما وقيد بحد القذف لانه لو قال له يا خبيث فقال له الآخر أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما الآخر لان التعزير لحق الآدمى وقد وجب عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا كذا فى فتح القدير وفى القنية ضرب غيره بغير حق وضرب به المضروب أيضا انهما يعزران ويبدأ باقامة التعزير بالبادئ منهما لانه أظلم والوجوب عليه أسبق اه فعلم ان التعزير بالضرب كحد القذف وان التكافؤ انما هو فى الشتم بشرط ان لا يكون بين يدى القاضى قالوا لو تشاتم الخصمان بين يدى القاضى عزرهما (قوله ولو قال لامرأته يا زانية وعكست حدت ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفى البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود فى القذف ليس باهل له ولا ابطال فى عكسه أصلا فيحتال للدرء اذ اللعان فى معنى الحد أشار المصنف الى انه لو قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام أولا فحد الرجل سقط اللعان لانه بطلت شهادة الرجل ولو خاصمت المرأة أولا فلاعن القاضى بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف (قوله ولو قالت زنيت بك بطلا) أى الحد واللعان لوقوع الشك فى كل واحد منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها أرادت زناى الذى كان معك بعد النكاح لانى ما مكنت أحدا غيرك وهو المراد فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب الحد دون اللعان لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلناه أطلقه فشمل ما اذا ابتدأت بقولها زنيت بك ثم قذفها أو قذفها ثم أجابت به للاحتمال المذكور ولا فرق بين الباء وكلمة مع كزنيت معك للاحتمال السابق

قال زنأت فى الجبل وعنى الصعود حد ولو قال يا زانى وعكس حد ولو قال لامرأته يا زانية وعكست حدت ولا لعان ولو قالت زنيت بك بطلا

يقام بغير طلب أم لا فساكت عنه وقد علم مما هنا حكمه أفاده فى المنح وبهذا ظهر فائدة التقييد فى كلام المبسوط بالعفو بعد القضاء بالنظر الى ما اذا كان على عوض لما علمت من اقتضاء كلام الخانية انه يبطل اذا كان الصلح على عوض وكان قبل الرفع وبه صرح فى فصول العمادى كما نقله عنها بعضهم (قوله قالوا لو تشاتم الخصمان بين يدى القاضى عزرهما) أى لان فيه اخلالا بالادب فى مجلس الشرع فلم يكن ذلك محض حقهما حتى يتكافآ فيه (قوله وعلى هذا الاعتبار يجب الحد دون اللعان) صوابه اللعان دون الحد كما فى الهداية والفتح وغيرهما وقوله فجاء ما قلنا أى من بطلان الحد واللعان لوقوع الشك فانه على تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعيين أحدهما متعذر فلا يجب واحد منهما كذا فى الفتح (قوله أطلقه فشمل الخ)

مع احتمال آخر وهو أني زنيت بحضورك وأنت تشهد فلا يكون قذفا وقيد بكونها اقتصرت على هذه المقالة لانها لو زادت قبل ان أتزوجك تحد المرأة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير انها صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها فوجب موجب قذفها وقيد بكونها امرأته لانه لو كان ذلك كله مع امرأة أجنبية حدت المرأة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه مع الزوجة وقيد بقولها زنيت بك لانها لو قالت في جوابه أنت أزنى مني حد الرجل وحده كذا في الخانية (قوله وان أقر بولد ثم نفاه لاعن) لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن (قوله وان عكس حد) أي ان نفى الولد ثم أقر به فانه يحد حد القذف لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل (قوله والولد له فيهما) أي فيما اذا أقر به ثم نفاه أو نفاه ثم أقر به لاقراره به سابقا أولاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (قوله ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا) أي الحد واللعان لانه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفا وكذا لو قال لاجنبي لست بابن فلان ولا فلانة وهما أبواه لا يجب عليه شئ (قوله ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها أو لاعنت بولد أو رجلا وطئ في غير ملكه أو أمة مشتركة أو مسلما زنى في كفره أو مكاتبا مات عن وفاء لا يحد) بيان لست مسائل اما الاوليان فلقيام أمارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط أطلقه فشمل ما اذا كان الولد حيا عند القذف أو ميتا وقيد بكونها لاعنت بولد اذ لو قذف الملاعنة بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا وأشار بقوله لاعنت الى انه لا بد من بقاء اللعان حتى لو بطل باكذابه نفسه ثم قذفها رجل حد لزوال التهمة بثبوت النسب منه وكذا لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة انه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو معاينة ولا بد من ان يقطع القاضي نسب الولد حتى لو لاعنت بولد ولم يقطع القاضي النسب وجب الحد على قاذفها كما في غاية البيان والمراد بعدم معرفة أبي ولدها عدمها في بلد القذف لا في كل البلاد ولذا قال في الجامع الصغير امرأة قذفت في بعض البلاد ومعها أولاد لا يعرف لهم أب فقال لها رجل يا زانية الخ وفي فتح القدير واعلم انه ان صح ما رواه الامام أحمد وأبو داود في حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه الامام أحمد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين أنه يرث أمه وترثه ومن رماها به جلد ثمانين أشكل على المذهب والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد الى آخره وأما الثالثة والرابعة أعني اذا قذف رجلا وطئ المقذوف امرأة في غير ملكه أو أمة مشتركة فلفوات العفة وهي شرط الاحصان لان القاذف صادق والاصل فيه أن من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا والوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة وان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره فأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة

وان أقر بولد ثم نفاه لاعن وان عكس حد والولد له فيهما ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها أو لاعنت بولد أو رجلا وطئ في غير ملكه أو أمة مشتركة أو مسلما زنى في كفره أو مكاتبا مات عن وفاء لا يحد

أي حيث لم يقل ولو قالت كذا في جوابه لكنه خلاف الظاهر كما في النهر (قوله لانها لو قالت في جوابه أنت أزنى مني حد الرجل وحده) هذا مبني على ما مر أوائل الباب عن الخانية مخالفا للظهيرية من انه لا يجب الحد بانت أزنى مني اما على ما في الظهيرية فانها تحد بقولها ذلك وقدمنا هناك عن التاتارخانية ان وجوب الحد به هو ما رواه الحسن عن أبي حنيفة وعدمه هو قول أبي يوسف بقي هنا شئ وهو ان قولها أنت أزنى مني قذف له صريحا بناء على ما في الظهيرية لكن هل يقال ان فيه تصديقا له فتحد وحدها دونه كما لو قالت زنيت بك قبل ان أتزوجك على ما هو الاصل في افعل التفضيل من اقتضائه المشاركة والزيادة أم لا فليراجع والظاهر الاول (قوله أو بالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للأب بلا

شهود بناء على ادعاء شبهة حيث لانكاح إلا بشهود وإذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة فحرمتها مؤبدة وأمته التي هي أخته من
الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب كذا في الفتح (قوله والثابت حرمتها بالمصاهرة)
ليس على إطلاقه لما مر آنفا أنه يشترط في الحرمة المؤبدة عنده أن تكون ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور وقال في الفتح
وأبو حنيفة إنما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بأن تثبت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر إلى

الفرج والمس بشهوة
لأن ثبوتها لإقامة السبب
مقام السبب احتياطا
فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي
بها الإحصان الثابت
بيقين بخلاف الحرمة
الثابتة بزنا الأب فإنها

وحد قاذف واطئ أمة
مجوسية وحائض ومكاتبة
ومسلم نكح أمه في كفره
ومستأمن قذف مسلما
ومن قذف أو زنا أو شرب
مرارا فحد فهو لكله

ثابتة بظاهر قوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم
فلا يعتبر الخلاف مع
وجود النص (قوله أو
قال له زنيت وأنت كافر
الخ) مقتضاه أنه لا يجب
الحد به وقدم عن
الظهيرية عند قوله
وإحصانه الخ ما يخالفه
فتأمل وقد يقال ما مر
محمول على ما إذا كان الزنا
في حالة الكفر أو الرق
غير ثابت وما هنا على
ما إذا كان ثابتا ثم
رأيته لكن في الفتح والمراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان في نصرانيتها بأن قال زنيت وأنت
كافرة وكذا لو قال المعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت مكاتبة أو أمة فلا حد عليه لأنه إنما
أقر أنه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حده لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام عليه الحد بخلاف الرجم
على ما مر ولا يسقط الحد بالإسلام وكذا العبد

من غير تردد وقد قدمنا شيئا من هذه المسائل وقيد بكونه في غير الملك لأنه لو كان وطئ أمته المجوسية
أو المزوجة أو امرأته الحائض أو مكاتبته أو المظاهر منها أو المحرمة أو المشتراة شراء فاسدا فإنه يحد قاذفه
الحد لأن الحرمة موقتة وكذا إذا وطئ أخته من الرضاع وهي أمته لأنها وإن كانت الحرمة مؤبدة
فهي مملوكة له وهذا قول الكرخي والصحيح أنه لا يحد قاذفه لثبوت التضاد بين الحل والحرمة
فلو قال المصنف أو رجلا وطئ في غير ملكه أو في ملكه والحرمة مؤبدة لكان أولى ويشمل قوله في
غير ملكه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والأمة المستحقة والمكره على الزنا والثابت حرمتها
بالمصاهرة أو تزوج محارمه ودخل بهن أو جمع بين المحارم أو تزوج أمة على حرة وأما الخامسة وهي
ما إذا قذف مسلما زنى في حال كفره فلتحقق الزنا منه شرعا وإن كان الإثم قد ارتفع بإسلامه
لانعدام الملك ولهذا وجب عليه الحد لو كان في دارنا وأطلقه فشمل الحربي والذمي وما إذا كان زنا
في دار الإسلام أو في دار الحرب وشمل ما إذا قال له زنيت وأطلق ثم أثبت أنه زنى في كفره أو قال له زنيت
وأنت كافر فهو كما لو قال لمعتق زنيت وأنت عبد وأما السادسة وهي ما إذا قذف مكاتبا مات عن وفاء
فلتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وقيد بكونه مات عن وفاء لما في
أن المكاتب إذا مات عن غير وفاء لا حد على قاذفه بالأولى لموته عبدا (قوله وحد قاذف واطئ أمة
مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح أمه في كفره) لما ذكرنا أن ملكه في هذه الأشياء ثابت
والمراد بأمه محرمه وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يحد قاذفه بناء على أن نكاح الكافر محرمه صحيح
وعندهما فاسد كما قدمناه في بابه (قوله ومستأمن قذف مسلما) أي حد وكان أبو حنيفة
أولا يقول لا يحد لأن المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود ثم رجع إلى ما ذكره لأن فيه
حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد لأنه التزم أن لا يؤذي بطمعه في أن لا يؤذى والحاصل أن
حد القذف يجب عليه اتفاقا وحد الخمر لا يجب عليه اتفاقا ولا يجب حد الزنا والسرقة خلافا لأبي
يوسف وأما الذمي فيجب عليه جميع الحدود اتفاقا إلا حد الخمر كذا في غاية البيان (قوله ومن
قذف أو زنى أو شرب مرارا فحد فهو لكله) أما الأخيران فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى
الانزجار واحتمال حصوله بالأول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وأما القذف فالمغلب
فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما قيد بكونه فعل أحد هذه الأشياء لأنه لو فعل كلها بأن زنى
وقذف وشرب الخمر فإنه يحد لكل واحد حده لعدم حصول المقصود بالبعض إذ الأغراض
مختلفة فإن المقصود من حد الزنا صيانة الأنساب ومن حد القذف صيانة الأعراض ومن حد الشرب
صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس إلا ما قصد بشرعه وأطلق في قوله قذف مرارا فشمل ما إذا كان
المقذوف واحدا أو جماعة فقذفهم بكلمة واحدة أو بكلمات وشمل ما إذا كان في يوم أو أيام وما إذا

طلبوا الحد كلهم أو بعضهم وما اذا حضروا أو حضر أحدهم كما في الخانية وغيرها وما اذا جلد للقذف الا سوطا ثم قذف آخر في المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثاني للتداخل وما اذا قذف عبد فاعتق ثم قذف آخر فأخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثاني قالوا فانه يتم له ثمانين لان الاربعين وقع لهما فيبقى للباقي أربعين ولو قذف الآخر قبل أن يأتي به فالثمانون تكون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستأنفا لان ما بقي تمامه حد الاحرار فجاز أن يدخل فيه الاحرار وفي المحيط رجل شرب الخمر فضرب بعض الحد ثم هرب ثم شرب ثانيا ضرب حدا مستقبلا وكذا لو ضرب الزاني بعض الحد ثم هرب وزنى بأخرى ولو ضرب القاذف بعض الحد فهرب ثم قذف آخر ثم قدم الى القاضي ينظر ان حضر المقذوف الثاني والاول جميعا يكمل الاول ويسقط الثاني لانه يتداخل وان حضر الثاني دون الاول يضرب حدا مستقبلا للثاني ويبطل الاول لانه أمكن اقامة الحد للثاني لوجود دعواه ولا يمكن الاقامة للاول لعدم دعواه اه فتعين حمل ما تقدم من أنه لو جلد للقذف الا سوطا الى آخره على ما اذا حضرا جميعا ومن أنه لو قذف جماعة يكتفى بحد واحد على ما اذا كان القذف لهم قبل أن يضرب البعض كما لا يخفى وشمل ما اذا قال لرجل يا ابن الزانيين فعليه حد واحد حيين كانا أو ميتين وحكى أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لرجل يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدتنا أخطأ في مسألة واحدة في خمس مواضع الاول حده بدون طلب المقذوف والثاني أنه لو خاصم وجب حد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يتربص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي أن يتعرف أن والديه في الاحياء أولا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن وأفاد بقوله فحد أن الحد وقع بعد الفعل المتكرر اذ لو حد للاول ثم فعل الثاني يحد حدا آخر للثاني سواء كان قذفا أو زنا أو شربا كما صرح به في فتح القدير وغيره لكن ينبغي أن يستثنى منه ما اذا قذف رجلا فحد له ثم عاد فقذفه ثانيا فانه لا يحد ثانيا لان المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف قد حصل بالاول فلا حاجة الى الثاني صرح به الشارح الزيلعي في حد السرقة عند مسألة سرقة العين ثانيا بعد ما قطع ولا يخفى ما فيه وان بالحد الاول لم يظهر كذبه في اخبار مستقبل انما ظهر كذبه فيما أخبر به ماضيا قبل الحد ولهذا ذكر المحقق في فتح القدير عند تلك المسألة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا أما اذا قذفه بزنا آخر حد به اه لكن في الظهيرية ومن قذف انسانا فحد ثم قذفه ثانيا لم يحد والاصل فيه ما روي أن أبا بكرة لما شهد على المغيرة بالزنا وجلده عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقصور العدد بالشهادة كان يقول بعد ذلك في المحافل أشهد أن المغيرة لزان فأراد عمر رضي الله عنه أن يحده ثانيا فمنعه علي رضي الله عنه فرجع الى قوله وصارت المسألة اجماعا اه بلفظه فظهر أن المذهب اطلاق المسألة كما ذكره الزيلعي ولم يذكر المصنف التداخل في حد السرقة ولا شك فيه لانه حق الله تعالى ولم يذكر أيضا ما اذا اجتمعت عليه الحدود المختلفة كيف يفعل قال في المحيط واذا اجتمع حدان وقدر على درء أحدهما درأه وان كانت من أجناس مختلفة بان اجتمع حد الزنا والسرقة والشرب والقذف والفقء بدأ بالفقء فاذا برأ حد القذف فاذا برأ ان شاء بدأ بالقطع وان شاء بدأ بحد الزنا وحد الشرب آخرها لثبوته بالاجتهاد من الصحابة رضي الله عنهم وان كان محصنا يبدأ بالفقء ثم بحد القذف ثم بالرجم ويلغي غيرها اه قالوا ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير

(قوله فظهر ان المذهب اطلاق المسئلة الخ) أي ظهر مما ذكره عن الظهيرية بقوله لم يحد ان المذهب اطلاق المسئلة عما قيدها به في الفتح لان كلام الظهيرية مطلق مثل كلام الزيلعي ولا يمكن ان يدعي تقييده لان استدلاله بالمروي عن أبي بكرة ينافيه لان قوله أشهد ان المغيرة لزان غير مقيد بالزنا الاول ولكنه يعمه بل الظاهر من قوله أشهد ان المراد الزنا الاول الذي عاينه منه (قوله والفقء) أي لو فقأ عين رجل كما في النهر قال الرملي والذي يظهر ان المراد به ذهاب البصر تأمل

﴿فصل في التعزير﴾ (قوله فالظاهر ان ما في ضياء الحلوم الخ) قال في النهر وفي القاموس انه من أسماء الأضداد يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى التأديب وعلى أشد الضرب وعلى ضربه دون الحد اه قال ابن حجر المكي الظاهر ان هذا الأخير غلط لان هذا وضع شرعي لا لغوي اذلم يعلم الا من جهة الشرع فكيف نسب الى أهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله والذي في الصحاح بعد تفسيره بالضرب ومنه سمي ضرب مادون الحد تعزيرا فأشار الى ان هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعي فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما المنقولة لوجود المعنى اللغوي فيها بزيادة وهذه دقيقة مهمة تفطن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس وقد وقع له نظير ذلك كثيرا وهو غلط يتعين التفطن له اه

ولكن القاضي اذا أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغامدية أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز رضي الله عنه

﴿فصل في التعزير﴾ هو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع كذا في المغرب وفي ضياء الحلوم هو ضرب دون الحد للتأديب والتعزير التعظيم والنصر قال تعالى ويعزروه اه فالظاهر ان ما في ضياء الحلوم معناه اللغوي وما في المغرب معناه الشرعي فانه شرعا لا يختص بالضرب بل قد يكون به وقد يكون بالصفع وبفرك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس وذكر أبو اليسر والسرخسي أنه لا يباح التعزير بالصفع لانه من أعلى ما يكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل الغفلة كذا في المجتبى وفي ضياء الحلوم الصفع الضرب على القفا ولم يذكر محمد التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز كذا في الظهيرية وفي الخلاصة سمعت عن ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال اه وأفاد في البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به امساك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم اليه لا ان يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة اذ لا يجوز لاحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي وفي المجتبى لم يذكر كيفية الاخذ وأرى أن يأخذها فيمسكها فان أيس من توبته يصرفها الى ما يرى وفي شرح الآثار التعزير بالمال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ اه والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال وأما التعزير بالشتم فلم أره الا في المجتبى قال وفي شرح أبي اليسر التعزير بالشتم مشروع ولكن بعد أن لا يكون قاذفا وصرح السرخسي بانه ليس في التعزير شيء مقدر بل هو مفوض الى رأي القاضي لان المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير أشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي انك تفعل كذا وكذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب اه وظاهره انه ليس مفوضا الى رأي القاضي

اه (قوله فيصان عنه أهل الغفلة) كذا في بعض نسخ الفتح وفي بعضها القبلة وهو المناسب لان الصفع شرع لاهل الذمة عند أداء الجزية تأمل (قوله وصرح السرخسي بانه ليس في التعزير شيء مقدر الخ) أي في أنواعه فانه

﴿فصل في التعزير﴾

يكون بالضرب وغيره اما ان اقتضى رأيه الضرب فلا يزيد على تسعة وثلاثين كما يأتي عن الفتح عند قوله وأكثر التعزير الخ (قوله وأحوال الناس فيه مختلفة) فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم باللطمة ومنهم من يحتاج الى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس كذا في الفتح (قوله وظاهره انه ليس مفوضا الخ) قال في النهر وينبغي ان لا يكون ما في الشافي على اطلاقه فان من كان من أشراف الاشراف لو ضرب غيره فأدماه لا يكتفي بتعزيره بقول القاضي ما مر اذ لا ينزجر بذلك وقد رأيت بعض القضاة من الاخوان من أدبه بالضرب بذلك وأرى انه صواب اه أقول يمكن ان يكون ما في الشافي بيانا لما تضمنه القول الاول قال الزيلعي ثم هو قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وبتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف أو بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس وليس فيه شيء مقدر وانما هو مفوض الى رأي الامام على ما يقتضي جناياتهم فان العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية فينبغي ان يبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما اذا أصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه وكذا ينظر في أحوالهم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر الا بالكثير وذكر في النهاية التعزير على مراتب الخ فقوله وذكر في النهاية الخ

يصلح بيانا للقول وكذا ينظر في أحوالهم فصار حاصل القول بالتفويض الى رأى الامام ان ينظر الى الجناية والى حال الجانى فاذا كانت الجناية صغيرة والجانى ذامروءة ممن ينزجر بمجرد الاعلام لا يزاد عليه بخلاف ما اذا كانت جنايته كبيرة كالواطئ أوشرب الخمر فان هذا لا يصدر من ذى مروءة وان كان هو من الاشراف فلا ينبغى ان يقال انه يكفى فيه مجرد الاعلام وما فى الشافى والنهاية لا ينافى ذلك لان نحو العلماء والعلوية يراد بهم من جنايته صغيرة صدرت منه على وجه الزلة والندور ولذا قال فى الخانية وغيرها لو كان ذامروءة أول ما فعل يوعظ استحسانا ولا يعزر وقال الناطفى اذا تكرر منه يضرب التعزير فان هذا ظاهر فى ان تكرار ذلك منه يخرجه عن كونه ذامروءة فكذا ما كان معصية شنيعة لا تصدر عادة من ذى مروءة والمراد كما فى الفتح بالمروءة الدين والصلاح وما مر عن النهر يؤيد ما قلناه (قوله فقد أفاد الفرق الخ) قال فى النهر لا نسلم ان ما عن الهندوانى نص فى الاجنبية لم لا يجوز ان يكون المعنى بامرأة له وخصها النعم الاجنبية بالاولى ويدل على ذلك ما فى حدود البزازية من وجد مع امرأته رجلا ان كان ينزجر بالصياح وبما دون السلاح لا يحل قتله وان كان لا ينزجر الا بالقتل حل قتله وان طاوعته حل قتلها أيضا وهذا نص على ان التعزير والقتل يليه غير المحتسب اه وبهذا يندفع التدافع بين كلامى الهندوانى ويجوز ان يقال نكر المرأة دلالة على انه لا فرق بين الزوجة والاجنبية وقد أفصح عن ذلك فى الخانية حيث قال رأى رجلا يزنى بامرأته أو بامرأة رجل آخر وهو محصن فصاح به ولم يهرب ولم يمتنع عن الزنا حل لهذا الرجل قتله وان قتله فلا قصاص عليه وذكر مثله فى السرقة حيث قال رأى رجلا يسرق ماله فصاح به أو ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل قتله ولا قصاص عليه اه وغاية الامر ان ما فى منية المفتى وعليه جرى الخبازى فى مختصر المحيط مطلقا لكن يجب حمله على التقييد توفيقا بين كلامهم ومن هنا جزم ابن وهبان فى نظمه بالشرط المذكور مطلقا وهو الحق واعلم انه فى الخانية شرط فى جواز قتل الزانى ان يكون محصنا وفى السارق ان يكون معروفا بالسرقة وبالاول جزم الطرسوسى ورده ابن وهبان بانه ليس من الحد بل من الامر بالمعروف والنهى عن المنكر وهو حسن فان هذا المنكر حيث تعين القتل طريقا فى ازالته فلا معنى لاشتراط الاحصان فيه ولذا أطلقه البزازى (قوله وذكر قبله الخ) قال فى النهر هذا محمول فى حق العبد على انهما حكماه ففى فتح القدير الذى يجب حقا للعبد لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه (قوله وفى القنية ضرب غيره بغير حق الخ) قال الرملى قدم انهما اذا تشاتما تكافآ اذا لم يكن بين يدى القاضى فراجعه فى شرح قوله ولو قال يا زانى وعكس حدا قاعلمه اه قلت محمل ما مر على ما اذا قال له

وانه ليس للقاضى التعزير بغير المناسب لمستحقه وظاهر الاول ان له ذلك وقد ذكر والتعزير بالقتل قال فى التبيين وسئل الهندوانى عن رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان كان يعلم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا وفى المنية رأى رجلا مع امرأته وهو يزنى بها أو مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمرأة جميعا اه فقد أفاد الفرق بين الاجنبية والزوجة والمحرم ففى الاجنبية لا يحل القتل الا بالشرط المذكور من عدم الانزجار بالصياح والضرب وفى غيرها يحل مطلقا وفى المجتبى الاصل فى كل شخص اذا رأى مسلما يزنى أن يحل له قتله وانما يمتنع خوفا أن يقتله ولا يصدق فى انه زنى وعلى هذا القياس المكابرة بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بادنى شئ له قيمة وجميع الكبائر والاعونة والظلمة والسعاة فيباح قتل الكل ويثاب قاتلهم اه ولم يذكر المصنف من يقيمه قالوا الكل مسلم اقامته حال مباشرة المعصية وأما بعد الفراغ منها فليس ذلك لغير الحاكم قال فى القنية رأى غيره على فاحشة موجبة للتعزير فعزره بغير اذن المحتسب فللمحتسب أن يعزر المعزر ان عزره بعد الفراغ منها قال رضى الله عنه قوله ان عزره بعد الفراغ منها فيه اشارة الى انه لو عزره حال كونه مشغولا بالفاحشة فله ذلك وانه حسن لان ذلك نهى عن المنكر وكل واحد مأمور به وبعد الفراغ ليس بنهى عن المنكر لان النهى عما مضى لا يتصور فيتمحض تعزيرا وذلك الى الامام اه وذكر قبله من عليه التعزير اذا قال لرجل أقم على التعزير ففعل ثم رفع الى القاضى فان القاضى يحتسب بذلك التعزير الذى أقامه بنفسه اه وفى المجتبى فاما اقامة التعزير فقيل لصاحب الحق كالقصاص وقيل للامام لان صاحب الحق قد يسرف فيه غلطا بخلاف القصاص لانه مقدر بخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى حيث يتولى اقامته كل أحد بحكم النيابة عن الله تعالى اه وفى القنية ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضا انهما يعزران

باقامة ... ثبت عليه أنسق اه (قوله ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنا أو ... يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده عزر) لانه جناية قذف فى المسئلتين الاولين وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وفيما عداهما قد آذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس فى الحدود فوجب التعزير وهو ثابت بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى واهجروهن فى المضاجع واضربوهن وأما السنة فكثيرة منها تعزيره عليه السلام رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس عليه السلام رجلا بالتهمة وأجمعت الامة على وجوبه فى كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد كذا فى التبيين فصار الحاصل ان كل من ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر وثبت عليه عند الحاكم فانه يجب التعزير بر من نظر محرم ومس محرم وخلوة محرمة وأكل ربا ظاهر ومن ذلك ما فى القنية مسكينة أخذت كسرة خبز من خباز فضربها حتى صرعها ليس له ذلك ويعزر اه ويؤخذ منه ان من أخذ مال أحد ليس له ضربه حيث أمكنه رفعه الى الحاكم الا أن يقال انه لقلة قيمتها ولكونها مسكينة ومن ذلك الاستخفاف بالمسلم كما فى القنية ومنه المسلم اذا باع الخمر فانه يضرب ضربا وجيعا بخلاف الذمى حتى يتقدم اليه فان باع فى المصر بعد التقديم ثم أسلم لم يسقط الضرب كذا فى القنية وفى فتاوى القاضى من يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس يحبس ويخلد فى السجن الى أن يظهر التوبة وقد ذكر وافى كتاب الكفالة أن التهمة تثبت بشهادة مستورين أو واحد عدل قطاهره أنه لو شهد عند الحاكم واحد مستور وفاسق بفساد شخص ليس للحاكم حبسه بخلاف ما اذا كان عدلا أو مستورين فان له حبسه وقال المصنف فيها ولا يحبس فى الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان أو واحد عدل اه وتقدير مدة الحبس راجعة الى الحاكم كما لا يخفى وفى فتح القدير ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر فى نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغنى والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة اه وفى شرح الطحاوى والاصل فى وجوب التعزير ان كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقوله أو بفعله وجب عليه التعزير الا اذا كان الكذب ظاهرا كقوله يا كلب اه والمصنف رحمه الله اقتصر على مسائل الشتم لكثرة وقوعها خصوصا فى زماننا وأطلق عليه قذفا مجازا شرعيا وهو حقيقة لغوية لان القذف فى اللغة الرمى بالحجارة ونحوها قال تعالى ويقذفون من كل جانب دحورا وقذف المحصنات رميهن بالفجور والقذف بالغيب الرجم بالظن قال تعالى ويقذفون بالغيب وقذف يقذف قذفا كذا فى ضياء الحلوم وأطلق فى وجوب التعزير بالشتم المذكور وهو مقيد بان يعجز القائل عن اثبات ما قاله قال فى المحيط ولو قال له يا فاسق يا فاجر يا مخنث يا لص والمقول له فاسق أو فاجر أو لص لا يعزر ذكره الحسن فى المجرد لانه صادق فى اخباره فلا يكون فيه الحاق الشين به بل الشين كان ملحقا به وفى فتح القدير انما يجب التعزير فيمن لم يعلم اتصافه به أما من علم اتصافه فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل اه وفى القنية قال له يا فاسق ثم أراد ان يثبت بالبينة فسقه ليدفع التعزير عن نفسه لا تسمع بينته لان الشهادة على مجرد الجرح والفسق لا تقبل بخلاف ما اذا قال يا زانى ثم أثبت زناه بالبينة تقبل لانه متعلق الحد ولو أراد اثبات

ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنا أو مسلما بيا فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزوانى أو اللصوص يا حرام زاده عزر

يا خبيث مثلا فرد عليه به فيحصل التكافؤ كما أشار اليه المؤلف هناك اما الضرب فلا تكافؤ فيه لتفاوته وهو ظاهر (قوله ويخلد فى الحبس الى ان يظهر التوبة) أى اماراتها اذ لا وقوف لنا على حقيقتها ولا ينبغى القول بحبسه ستة أشهر لان التقدير بالمدة لا يحصل به الغرض اذ قد يحصل فيها التوبة وقد لا يحصل ولا تظهر أمارات الحصول فكان التقدير بما قلنا أولى وأيضا التقدير بالمدة سماعى لا دخل للرأى فيه كذا نقله ابن الشحنة عن الطرسوسى وأقره ودفع ما أورده عليه تلميذه ابن وهبان (قوله كذا فى ضياء الحلوم) وقع قبله فى نسخة أى خاء وفى أخرى أى زماه وفى أخرى بدون ذلك

فسقه ضمنا لما تصح فيه الخصومة كجرح الشهود اذا قال رشوته بكذا فعليه رده تقبل البينة كذا هنا اهـ وهذا اذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه وأما اذا بينوه بما يتضمن اثبات حق الله تعالى أو العبد فانها تقبل كما اذا قال له يا فاسق فلما رفع الى القاضي ادعى انه رآه قبل أجنبية أو عانقها أو خلا بها ونحو ذلك ثم أقام رجلين شهدا انهما رأياه فعل ذلك فلا شك في قبولها وسقوط التعزير عن القائل لانها تضمنت اثبات حق لله تعالى وهو التعزير على الفاعل لان الحق لله تعالى لا يختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير وكذلك يجري هذا في جرح الشاهد بمثله واقامة البينة عليه وينبغي على هذا للقاضي ان يسأل الشاتم عن سبب فسقه فان بين سببا شرعيا طلب منه اقامة البينة عليه وينبغي انه ان بين انه بسبب ترك الاشتغال بالعلم مع الحاجة اليه أن يكون صحيحا وفي مثل هذا لا يطلب منه البينة بل يسأل المقول له عن الفرائض التي يفترض عليه معرفتها فان لم يعرفها ثبت فسقه فلا شئ على القائل له يا فاسق لما صرح به في المجتبى من ان من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته واقتصر المصنف في مسائل الشتم على النداء وليس بقيد لان الاخبار كذلك كما اذا قال أنت فاسق أو فلان فاسق ونحوه قال في القنية لو قال له يا منافق أو أنت منافق يعزر اهـ وهذا اذا لم يخرج مخرج الدعوى قال في القنية ولو ادعى رجل عند القاضي سرقة وعجز عن اثباتها لا يعزر بخلاف دعوى الزنا لان القصد من دعوى السرقة اثبات المال لا نسبته الى السرقة بخلاف دعوى الزنا وان قصد اقامة الحسبة لكن لا يمكنه اثباتها الا بالنسبة الى الزنا فكان قاصدا نسبته الى الزنا وفي المال يمكنه اثباته بدون نسبته الى السرقة فلم يكن قاصدا نسبته الى السرقة اهـ وفي الظهيرية عن محمد في رجل قال ان زنيت فعبده حر وادعى العبد انه زنى أحلف المولى بالله ما زنيت فان حلف لم يعتق العبد ووجب على العبد الحد للمولى وان لم يحلف عتق العبد ولا حد على من قذفه بعد ذلك استحسانا اهـ وفي الفتاوى السراجية اذا ادعى شخص على شخص بدعوى توجب تكفيره وعجز المدعي عن اثبات ما ادعاه لا يجب عليه شئ اذا صدر الكلام على وجه الدعوى عند حاكم شرعي اما اذا صدر منه على وجه السب أو الانتقاص فانه يعزر على حسب ما يليق به اهـ والتقييد بالمسلم في قوله أو مسلما في مسائل الشتم اتفاقا اذ لو شتم مسلم ذميا فانه يعزر لانه ارتكب معصية كذا في فتح القدير وفي القنية من باب الاستحلال ورد المظالم لو قال ليهودي أو مجوسي يا كافر يأثم ان شق عليه اهـ ومقتضاه ان يعزر لارتكابه ما أوجب الاثم وقد جعل المصنف من ألفاظ الشتم يا كافر يا منافق وفي المحيط جعل منه يا يهودي وظاهره ان الشاتم لا يكفر به وصرح في الخلاصة انه لو أجابه بقوله لبيك كفر ولا يخفى ان قوله يا رافضي بمنزلة يا كافر أو يا مبتدع فيعزر لان الرافضي كافر ان كان يسب الشيخين ومبتدع ان فضل عليا عليهما من غير سب كما في الخلاصة وسيأتي في باب الردة ان شاء الله تعالى وأفاد بعطفه يا فاجر

(قوله فلا شك في قبولها الخ) قلت قد ذكروا في الشهادات من الجرح المجرد الذي لا يقبل لو شهدوا على شهود المدعي بانهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على اقرارهم انهم شهدوا بزور أو انهم اجراء في هذه الشهادة الخ ما ذكره هناك ولا يخفى ان اقرارهم بشهادة الزور موجب للتعزير (قوله هذا اذا لم يخرج مخرج الدعوى) قال الرملي الاشارة ان رجعت الى المذكور في المتن جميعه وهو الظاهر فهو مشكل لما ذكره من الفرق بين دعوى السرقة والزنا فتأمل هذا الكلام وكن فيه على بصيرة وتبعه فيه صاحب النهر وشرح تنوير الابصار والله تعالى الموفق (قوله قال في القنية ولو ادعى رجل الخ) قال الرملي كلام القنية خاص بذكر السرقة والزنا وليس فيه تعرض لغيره وأنت على علم بان الفرق المذكور يلحق ما عدا السرقة بالزنا اذ لا يمكنه اثباته الا بالنسبة اليه كالزنا وأقول ما ذكر من الفرق يقتضي عكس الحكم المذكور اذ المال حيث أمكن اثباته بدون نسبته للسرقة يصير بدعواها ظاهرا قاصدا نسبته اليها والا لعدل عنها الى دعوى المال بخلاف ما لا يمكن اثباته الا بالنسبة الى ما هو طريقه لانه لا مندوحة له عنه فلم يكن قاصدا نسبته اليه ظاهرا تأمل اهـ وقد خطر لي هذا قبل ان أراه ويظهر الفرق من وجه آخر وهو ورود النص في الزنا انه اذا لم يأت بأربعة شهداء يجلد (قوله ومقتضاه ان يعزر) قال في النهر فيه نظر وسيأتي ما يرشد اليه اهـ قال في الدر المختار ولعل وجهه ما مر في يا فاسق فتأمل اهـ أي من انه ألحق الشين بنفسه قبل قول القائل قال بعض الفضلاء وأشار بقوله فتأمل الى ضعف هذا الوجه فانه وان كان ألحق الشين بنفسه لكنا التزمنا بعقد الذمة معه أن لا نؤذيه اهـ قلت ويؤيد كلام المؤلف قول الفتح المار آنفا لو شتم ذميا يعزر لانه ارتكب معصية

(قوله ولو قال لامرأته يا قحبة الخ) قال شارح الوقاية قيل القحبة من تكون همتها الزنا فلا يجب الحد أقول القحبة أفحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة تجاهر به بالاجرة اه قال بعض أصحاب الحواشي قوله القحبة من تجاهر به بالاجرة يعني فينبغي أن يجب الحد ان قذف بها ويؤيده قول الظهيرية القحبة الزانية والانصاف أن يجب الحد في ديارنا اذ لا يستعمله أحد الا في الزانية سيما حالة الغضب فكأنه صار حقيقة عرفية وقول الشارح القحبة في العرف أفحش من الزاني لا يخلو من الاشارة الى هذا المعنى اه قلت وقد أجاب عن ذلك منلا خسرو في شرحه حيث قال اللهم الا ان يقال ان الحد انما يجب اذا قذف بصريح الزنا أو بما في حكمه بان ٤٨ يدل عليه اللفظ اقتضاء كما اذا قال لست لابيك أو لست بابن فلان أبيه في الغضب كما مر ولفظ القحبة لم يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر ولا يدل عليه اقتضاء أيضا وهو ظاهر ويؤيده ما قال الزيلعي لا يقال كيف يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح في الزنا لاحتمال أن يكون من غيره بالوطء بشبهة لانا نقول فيه نسبة أمه الى الزنا اقتضاء والمقتضى اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة هذا غاية ما يمكن في هذا المقام لكنه بعد موضع تأمل اه كذا في منح الغفار وكان وجه التأمل أنه لما صار حقيقة عرفية صار مدلوله الزنا حقيقة بالوضع الحادث ودلالة الوضع أبلغ من الاقتضاء ولو توقف على الوضع اللغوي لزم أن لا يوجد لفظ صريح بغير الالفاظ اللغوية كالفارسية ونحوها وقدم انه يعزر في معرض العرف وقال في الشرنبلالية نقل التصريح بوجوب الحد بقوله يا ابن القحبة في منح الغفار من المضمرات اه وهذا يدل على ذلك اذ لا فرق يظهر بين القحبة وابن القحبة تأمل

(قوله وفي القنية تشاتما يجب الاستحلال عليهما) انظر هذا مع ما مر عند قوله ولو قال يا زاني وعكس حدا حيث قال لو قال له يا خبيث فقال له الآخر بل أنت تكافآ ولا يعزر وكل منهما الآخر الا أن يحمل ما هنا على ما اذا تخالفت ألفاظهما بان أجابه بيا فاسق مثلا تأمل

على يا فاسق التعابر بينهما ولذا قال في القنية لو أقام مدعي الشتم شاهدين شهد أحدهما انه قال له يا فاسق والآخر على أنه قال له يا فاجر لا تقبل هذه الشهادة اه وأطلق في قوله يا لوطي فأفاد انه لا يسأل عن نيته وانه يعزر مطلقا وفي فتح القدير وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته ان أراد انه من قوم لوط لا شيء عليه وان أراد انه يعمل عملهم يعزر على قول أبي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت أو هزل من تعود بالهزل والقبيح اه وقد ذكر المصنف من الالفاظ الديوث والقرطبان فقال في المغرب الديوث الذي لا غيرة له ممن يدخل على امرأته والقرطبان نعت سوء في الرجل الذي لا غيرة له عن الليث وعن الازهري هذا من كلام الحاضرة ولم أر البوادي لفظوا به ولا عرفوه ومنه ما في قذف الاجناس كشخان اه وذكر الشارح ان القرطبان هو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو المتسبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه الى الضيعة أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته اه وعلى هذا يعزر بلفظ معرص لانه الديوث في عرف مصر وأشار بقوله يا ابن القحبة الى مسئلتين احداهما اذا شتم أصله فانه يعزر بطلب الولد كقوله يا ابن الفاسق يا ابن الكافر أو النصراني وأبوه ليس كذلك ثانيهما انه لو قال لامرأته يا قحبة يعزر ولا يحد للقذف بخلاف يا روسبي فانه قذف يحد به كذا في الخانية وكان الفرق بينهما ان روسبي صريح في القذف بالزنا بخلاف القحبة فانه كناية عن الزانية قال في الظهيرية والقحبة الزانية مأخوذ من القحاب وهو السعال وكانت الزانية في العرب اذا مر بها رجل سعلت ليقضي منها وطره فسميت الزانية قحبة لهذا اه ومن الالفاظ الموجبة للتعزير يا رستاقي يا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك كذا في التبيين ومنها يا حائك كما في الظهيرية ومنها يا سفيه كما في المحيط وفي فتح القدير الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان لا يجيبه قالوا لو قال له يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس اه وفي القنية تشاتما يجب الاستحلال عليهما وعن الشيخ الجليل المتكلم ان من شتم غيره أو ضربه فالذهاب اليه في الاستحلال لا يجب عليه ويخرج عن العهدة بالارسال اليه اه وهو مشكل لانه يقتضي انه يزول عنه المأثم بمجرد الذهاب أو الارسال سواء حالله أو أبرأه أولا وينبغي ان يبقى الاثم الى ان يوجد الابراء الا ان يقال ان الابراء ليس في قدرته وانما في قدرته طلب المسالة والابراء

(قوله وقال في فتح القدير وتحقق الخ) اعتراض على ما استفاده من الخانية حيث حصر التعزير في حق العبد فيمكن الجواب بأن الحق
المحصور في الخانية أمر زائد على الذي يشمل التعزير وقوله كما ترجحه وجعل ... التعزير ثابت وما ذكره في الفتح
من أنه يجب التعزير حقا لله تعالى أو حق العبد ... فيه قسم ثالث وهو ما اجتمع فيه الحقان في الظاهر لكن ما هو من
العبد يكون فيه حق الله تعالى لأن جناية حق العبد بالشتم أو الضرب معصية ولذا أن التعزير في حق العبد
غالب فيه ثم قد يكون بغير معصية كتعزير الصبي (قوله وإن قلت في فتاوى قاضيخان الخ) وارد على قوله وإذا كان حقا
لله تعالى يجب على الإمام إقامته كما أوضحه بقوله وهذا يجب أن يكون الخ وحاصل الجواب أن حمل كلام الخانية على أن المراد
بما كان من حقوق الله تعالى ممكن كما ذكره السائل ولا تناقض لأن من جره إلى باب القاضي والدعوى تعزير
له لكونه ذا مروءة ولذا يمكن حمله على أن المراد بما كان حق آدمي لما قلنا (قوله ولا مناقضة الخ) أقول يمكن دفع المناقضة من وجه آخر وهو أن من كان ذا مروءة أي ذا ديانة وصلاح كما

والإبراء وقد أتى بما في وسعه وفي الخانية التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الإبراء والعفو
والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى بالنكول قال في
فتح القدير ولا يخفى على أحد أنه ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله تعالى فحق العبد لا شك أنه
يجري فيه ما ذكر وأما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد قدمنا أنه يجب على الإمام إقامته ولا يحل له
تركه إلا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز إثباته بدعوى شهادته
فيكون مدعيا شاهدا إذا كان معه آخر فإن قلت في فتاوى قاضيخان وغيره إن كان المدعى عليه
ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحسانا ولا يعزر فإن عاد وتكرر منه روي عن أبي حنيفة أنه
يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من
إسقاط التعزير قلت يمكن أن يكون محمل ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لأنه إذا كان
ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله تعالى في التعزير
وقوله ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فإن عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محمله حق
آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس إن كان ذا مروءة
وعظ وإن كان دون ذلك حبس وإن كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروءة عندي
في الدين والصلاح اهـ ما في فتح القدير وفي الخلاصة لو ادعى عليه أنه قال له يا فاسق أو يا زنديق
أو يا كافر أو يا منافق أو يا فاجر أو ما يجب فيه التعزير لا يحلفه بالله ما قلت هذا لكن يحلف
بالله ما له عليك هذا الحق الذي يدعي ذكره في كيفية الاستحلال وفي القنية التعزير لا يسقط
بالتوبة وفي مشكل الآثار وإقامة التعزير إلى الإمام عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والشافعي
والعفو إليه أيضا قال الطحاوي وعندي أن العفو ثابت للذي جني عليه لا للإمام قال رضي الله عنه
ولعل ما قاله من أن العفو إلى الإمام فذاك في التعزير الواجب حقا لله تعالى بأن ارتكب منكرا
ليس فيه حد مشروع من غير أن يجني على إنسان وما قاله الطحاوي فيما إذا جنى على إنسان اهـ
ما في القنية فهذا كله يدل على أن العفو للإمام جائز وهو مخالف لما في فتح القدير (قوله ويا كلب

ويا كلب

بأني لا يصدر منه موجب التعزير غالبا إلا على وجه السهو أو الغفلة نادرا ولذا لو عاد يعزر وإذا كان المقصود من التعزير الانزجار فهو حاصل من ذي المروءة فلذا قالوا إنه لا يعزر في أول مرة بل يوعظ فلعله لا يعلم ذلك وقدمر استثناء ما إذا علم الإمام انزجار الفاعل (قوله لا يحلفه بالله ما قلت الخ) أي لاحتمال صدقه فيما نسبه إليه ولا يمكنه إثباته (قوله فهذا كله يدل على أن العفو للإمام جائز)
قد يقال عليه إن المقصد من شرعية التعزير هو الانزجار فعفو الإمام عنه تضييع للمقصود فلا يجوز فالمراد أن له العفو إذا رأى
حصول الانزجار بدونه فلذا قال في الفتح إلا إذا علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ويدل عليه أيضا من أنه إذا كان الشاتم ذا مروءة
وعظ وقد علمت أن ذلك لحصول الانزجار من ذي المروءة فهذا في الشتم الذي هو حق عبد واكتفى فيه بالوعظ فكيف في حق
الله تعالى وذكر في الفتح أول الباب أن ما نص عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الأمر فيه
وما لم ينص عليه إذا رأى الإمام المصلحة بعد مجانبته هوى نفسه أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى
فوجب كالحد وما علم أنه انزجر بدونه لا يجب

(قوله ثلاثة مذاهب) الاول ظاهر الرواية والثاني مختار الهندواني والثالث ما يأتي عن صاحب الهداية من التفصيل (قوله كانه لعدم ظهور الكذب الخ) قال في النهر ما ذكره من الفرق مدفوع بان الحكم بتعزيره غير مقيد بموت أبيه اهـ قلت والظاهر في وجه الفرق ان قوله يا ابن الحجام فيه نسبة الى غير أبيه فكان القياس لزوم الحد فيه لكنه في العرف يراد به الخسة

يا تيس يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغا يا مؤاجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا موسوس لا) أي لا يعزر بهذه الالفاظ اما عدم التعزير في يا كلب يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا تيس يا ذئب يا قرد فلظهور كذبه قال في الحاوي القدسي الاصل ان كل سب عاد شينه الى الساب فانه لا يعزر فان عاد الشين فيه الى المسبوب عزر وعلله في الهداية بانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وفي هذه الالفاظ ثلاثة مذاهب ظاهر الرواية أنه لا يعزر مطلقا لما ذكرنا واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضيخان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه أبي جعفر انه يعزر لانه شتيمة ثم قال والصحيح أنه لا يعزر لانه كاذب قطعا اهـ وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب وذكر قاضيخان عن أمالي أبي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح وصاحب الهداية استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف وتبعه في التبيين وسوى في فتح القدير بين قوله يا حجام وبين قوله يا ابن الحجام حيث لم يكن كذلك في عدم التعزير وفرق بينهما في التبيين فاوجب التعزير في يا ابن الحجام دون يا حجام كانه لعدم ظهور الكذب في قوله يا ابن الحجام لموت أبيه فالسامعون لا يعلمون كذبه فلحقه الشين بخلاف قوله له يا حجام لانهم يشاهدون صنعته وأما بغا بالباء الموحدة والغين المعجمة المشددة فهو المأبون بالفارسية ويقال باغا وكانه انتزع من البغاء كذا في المغرب وينبغي أن يجب التعزير فيه اتفاقا لانه الحق الشين به لعدم ظهور الكذب فيه ظاهرا لانه مما يخفى وهو بمعنى يا معفوج وهو المأتي في الدبر وقد صرح في الظهيرية بوجوب التعزير فيه معللا بانه الحق الشين به بل هو أقوى ايذاء لان الابنة في العرف عيب شديد اذ لا يقدر على ترك أن يؤتى في دبره بسبب دودة ونحوها وأما المؤاجر فان كان بكسر الجيم فهو بمعنى المؤجر للشئ ولا عيب فيه الا ان هذا اللفظ لهذا المعنى في اللغة خطأ وقبيح وان كان بفتح الجيم بمعنى المؤجر بالفتح يقال آجره المملوك واسم المفعول مؤجر ومؤاجر كذا في المغرب فقد نسبه الى أن غيره قد استأجره ولا عيب فيه سواء كان صادقا أو كاذبا لانها عقد شرعي وأما ولد الحرام فينبغي التعزير به لانه في العرف بمعنى يا ولد الزنا ولم يجب القذف لانه ليس بصريح وقد الحق الشين به وقد أبدله في فتح القدير بيا ولد الحمار وهذا هو الظاهر وأما العيار بالعين المهملة المفتوحة والياء المثناة التحتية المشددة فهو كثير المجيء والذهاب عن ابن دريد وعن ابن الانباري العيار من الرجال الذي يخلي نفسه وهواها لا يردعها ولا يزجرها وفي أجناس الناطفي الذي يتردد بلا عمل وهو مأخوذ من قولهم فرس عائر وعيار كذا في المغرب وكانه لما كان أمر الانسان ظاهرا من التردد أو كثرة المجيء والذهاب لم يلحق الشين به فلذا لم يعزر وأما قوله يا ناكس يا منكوس ففي ضياء الحلوم من باب فعل بكسر العين النكس الرجل الضعيف ومن باب فعل

والدناءة فاذا اسقط الحد يبقى التعزير كما لو قال لعربي يا نبطي أو لهاشمي لست بهاشمي تأمل ثم ان الذي رأيته في التبيين هكذا ومن الالفاظ التي لا توجب التعزير قوله يا رستاقي ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك اهـ فقوله وهو ليس كذلك جملة حالية أي والحال انه ليس برستاقي ولا ابن الاسود ولا ابن الحجام وكان المؤلف ظن أن قوله وهو ليس كذلك رد لقوله ومن الالفاظ التي لا توجب التعزير (قوله يا معفوج الخ) اسم مفعول من عفج بالعين المهملة والفاء والجيم قال في التاتارخانية وهو المضروب في الدبر وهو بمعنى ما فسره به المؤلف وفي القاموس عفج يعفج بالفتح ضرب وجاريته جامعها (قوله وقد صرح في الظهيرية بوجوب التعزير فيه) أي في قوله يا معفوج وقوله بل هو أقوى ايذاء أي لفظ بغا بمعنى المأبون قلت وقد رأيت في التتارخانية صرح بانه يعزر به حيث قال وفي تجنيس الناصري قال السيد الامام الاجل لو قال يا بغا يا مؤاجر يا جيفة في عرفنا فيه التعزير (قوله وأما قوله يا ناكس الخ) قال الباقاني في شرح الملتقى ناكس ومنكوس على وزن فاعل

بالفتح يفعل بالضم النكس قلب الشئ على رأسه قال الله تعالى ثم نكسوا على رؤسهم اه فكأنه دعا على المخاطب فلا تعزير فيه لعدم الحاق الشين به وأما السخرة بضم السين ففي المغرب السخرى من السخرة وهو ما يتسخر أي يستعمل بغير أجر اه فلا شين فيه بل هو مدح وأما الضحكة بضم الضاد فهو الشئ يضحك منه كذا في ضياء الحلوم ولا يخفى أن المقول له اذا لم يكن كذلك فقد استخف به ومن استخف بغيره عزر فينبغي التعزير به ولذا قال في الولوالجية لو قال له ياساحر ياضحكة يامقامر لا يعزر هكذا ذكر في بعض المواضع والظاهر أنه يجب اه وأما الكشحان فرأيت في بعض الحواشي انه بالحاء المهملة وفي المغرب الكشحان الديوث الذي لا غيرة له وكشحه وكشحته شتمته وقال ياكشحان اه فحينئذ هو بمعنى القرطبان والديوث فيجب فيه التعزير ولذا قال في فتح القدير والحق ماقاله بعض أصحابنا انه يعزر في الكشحان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث اه فما في المختصر مشكل لكن قال في ضياء الحلوم كشح القوم عن الشئ اذا تفرقوا عنه وذهبوا وكشح له بالعداوة أضمرها في كشحه لان العداوة فيه وقيل الكاشح المتباعد عن مودة صاحبه من قولهم كشح القوم على الشئ اذا ذهبوا عنه وفي الحديث أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فان صح مجيء الكشحان منه فلا اشكال انه ليس بمعنى القرطبان فلذا فرق المصنف بينهما واما الابله ففي ضياء الحلوم البله الغفلة وفي الحديث أكثر من يدخل الجنة البله قيل البله في أمر الدنيا الغافلون عن الشر وان لم يكن بهم بله قال الزبرقان خير اولادنا الابله العقول أي الذي هو لشدة حيائه كالابله وهو عاقل اه فعلم انها صفة مدح وان كانت مفضولة بالنسبة لمن عنده حذق وعلم كما صرح به القرطبي في شرح مسلم في قوله عليه السلام ان أهل الجنة يتراؤن الغرف فوقهم كالكوكب الدري وصرح بأن المراد بهم البله وان العلماء هم أهل الغرف فوقهم وقيد بالابله احترازا عن البليد فانه يعزر به قال في الولوالجية لو قال يابليد ياقذر يجب فيه التعزير لانه قذفه بمعصية ولانه ألحق الشين به اه وفي كونه معصية نظر والظاهر التعليل الثاني واما الموسوس فضبطه في الظهيرية في فصل التعزير بكسر الواو وفي المغرب رجل موسوس بالكسر ولا يقال بالفتح ولكن موسوس له أو اليه أي ملقى اليه الوسوسة وقال الليث الوسوسة حديث النفس وانما قيل موسوس لانه يحدث بما في ضميره وعن أبي الليث لا يجوز طلاق الموسوس يعني المغلوب في عقله وعن الحاكم هو المصاب في عقله اذا تكلم تكلم بغير نظام اه (قوله وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) وعن أبي يوسف أكثره خمسة وسبعون سوطا والاصل فيه الحديث من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فتعذر تبليغه حدا بالاجماع غير ان أبا حنيفة اعتبر أدنى الحدود وهو حد العبد لان مطلق ماروينا يتناوله وأقله أربعون وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم هم الاصول وأقله ثمانون فلا بد من النقص عنه ففي رواية عنه ينقص خمسة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الرواية عن أبي يوسف كما في فتح القدير قيل وليس فيه معنى معقول فلا يضره لانه قلد فيه عليا رضي الله عنه ويجب تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالرأي وفي رواية ينقص سوط وفي الحاوي القدسي قال أبو يوسف أكثره في العبد تسعة وثلاثون سوطا وفي الحر خمسة وسبعون سوطا وبه نأخذ اه فعلم ان الاصح قول أبي يوسف وفي المجتبى وروي انه ينقص منها سوطا وهو قول زفر وهو القياس وهو الاصح اه وفي فتح القدير وبما ذكرنا من تقديرا أكثره بتسعة وثلاثين يعرف ان ماذكر مما تقدم من انه ليس في التعزير شئ مقدر بل مفوض الى رأي الامام أي من أنواعه فانه يكون بالضرب

وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا

ومفعول لفظ يحسين والنون في أوله للنفي والكاف منه مفتوح ولفظ كس بمعنى الآدمي فمعنى القذف به سلب الآدمية عن المقذوف اه (قوله وأما الكشحان الخ) قال الرملي أورده صاحب القاموس في باب الخاء فقال الكشخان ويكسر الديوث وكشخه تكشيخا وكشخة قال له ياكشخان اه وبه يظهر لك ما في تقرير هذا الشارح فتنبه (قوله فعلم أن الاصح قول أبي يوسف) يمكن أن يقال ان قوله وبه نأخذ ترجيح لرواية خمسة وسبعين على رواية تسعة وسبعين المرويتين عن أبي يوسف لان الاولى منهما هي ظاهر الرواية عنه ولا يلزم من ذلك أن يكون هذا ترجيحا لقوله على قول الامام الذي عليه متون المذهب.

و بغيره مما تقدم ذكره اما ان اقتضى رأيه الضرب فى خصوص الواقعة فانه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين اه وقد وقع لى تردد فى مسئلة وهى ان انسانا لو ضرب انسانا بغير حق أكثر من أكثر التعزير ورفع الى القاضى وثبت عليه انه ضربه مثلا خمسين سوطا كيف يعزره القاضى فانه ان ضربه خمسين زاد على أكثر التعزير وان اقتصر على الاكثر لم يكن مستوفيا لحق المضروب الا أن يقال ان حقه التعزير لا القصاص وقد صرح فى الخانية ان مما يجب التعزير به الضرب (قوله وأقله ثلاثة) أى أقل التعزير بالضرب ثلاثة أسواط وهكذا ذكر القدورى فكانه يرى ان ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى رأى القاضى يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا كذا فى التبيين والحاصل ان على ما فى المختصر لو علم القاضى ان الزجر يحصل بسوط لا يكتفى به بل لا بد من الثلاثة وعلى قول المشايخ يكتفى به اه (قوله وصح حبسه بعد الضرب) أى جاز للحاكم أن يحبس العاصى بعد الضرب فيجمع بين حبسه وضربه لانه صلح تعزيرا وقد ورد به الشرع فى الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم اليه ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع فى الحد لانه من التعزير أطلق فى الحبس فشمل الحبس فى البيت والسجن قال فى الحاوى القدسى وقد يكون التعزير بالحبس فى بيته أو فى السجن اه (قوله وأشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدى الى فوات المقصود ولم يذكر المصنف انه يفرق على الاعضاء كضرب الحدود لانه لا يفرق كما فى الهداية واليه يشير اطلاق الاشدية الشاملة لقوته وجمعه فى عضو واحد وفى حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفى أشربة الاصل يضرب التعزير فى موضع واحد قال فى التبيين وليس فى المسئلة اختلاف الرواية وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ بالتعزير أقصاه وموضوع الثانى اذا لم يبلغ اه وهكذا فى المجتبى وفى فتح القدير وأثبت الاختلاف فى غاية البيان معزيا الى الاسبيجابى فقال بعضهم الشدة هو الجمع فتجمع الاسواط فى عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته فى الضرب لا فى الجمع اه قالوا ويتقى المواضع التى تتقى فى الحدود قال فى المجتبى و يضرب الظهر والالية قالوا و يبلغ فى التعزير غايته وهو تسعة وثلاثون سوطا فيما اذا أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع وفيما اذا أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج وفيما اذا شتمه بجنس ما يجب به حد القذف كقوله للعبد أو الذمى يا زانى وأشار بالاشدية الى انه يجرد من ثيابه قال فى غاية البيان ويجرد فى سائر الحدود الا فى حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه كما قدمناه ويخالفه ما فى فتاوى قاضيخان يضرب للتعزير قائما عليه ثيابه وينزع الفرو والحشو ولا يمد فى التعزير اه والظاهر الاول لتصريح المبسوط به والى انه لو اجتمع التعزير مع الحدود قدم التعزير فى الاستيفاء لتمحضه حقا للعبد كذا فى الظهيرية (قوله ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول الصحابة رضى الله عنهم ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (قوله ثم الشرب ثم القذف) يعنى حد الشرب يلى حد الزنا فى شدة الضرب لما قدمناه وحد القذف أدنى الكل وان كان ثابتا بالكتاب الا ان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا وسبب حد الشرب متيقن وهو الشرب والمراد ان الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين (قوله ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشارع وفعل

وأقله ثلاثة وصح حبسه بعد الضرب وأشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم الشرب ثم القذف ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر

(قوله وقد وقع لى تردد الخ) قال فى النهر لا معنى لهذا التردد مع قول المصنف بعد وصح حبسه بعد الضرب ثم قال فى شرح قوله وصح حبسه بعد الضرب لانه عجز عن الزيادة من حيث القدر لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له أن يضم الحبس اليه كذا فى الشرح وهو صريح فى دفع التردد السابق

المأمور ولا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ قال فى ضياء الحلوم ذهب دمه هدرا أى باطلا (قوله بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة والخروج من البيت) يعنى فماتت فانه يكون ضامنا ولا يكون دمها هدرا لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه وهو استقامتها على ما أمر الله تعالى به وقد ظهر بهذا ان كل ضرب كان مأمورا به من جهة الشارع فان الضارب لا ضمان عليه بموته وكل ضرب كان مأذونا فيه بدون الامر فان الضارب يضمنه اذا مات لتقيده بشرط السلامة كالمرور فى الطريق وظهر ان الزوج لا يجب عليه ضرب زوجته أصلا وظهر به أيضا ان له ضربها فى أربعة مواضع لكن وقع الاختلاف فى جواز ضربها على ترك الصلاة فذكرهنا تبعا للكثير انه يجوز وفى النهاية تبعا لما فى كافى الحاكم انه لا يجوز له لان المنفعة لا تعود اليه بل اليها وليس فى كلام المصنف ما يقتضى انه ليس له ضربها فى غير هذه الاربعة أشياء ولهذا قال الولوالجى فى فتاواه للزوج أن يضرب زوجته على أربعة أشياء وما فى معناها فقوله وما فى معناها افادة عدم الحصر فما فى معناها ما اذا ضربت جارية زوجها غيرة ولا تتعظ بوعظه فله ضربها كذا فى القنية وينبغى أن يلحق به ما اذا ضربت الولد الذى لا يعقل عند بكائه لان ضرب الدابة اذا كان ممنوعا فهذا أولى ومنه ما اذا شتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته أو قالت له يا حمار يا أبله أو لعنته سواء شتمها أولا على قول العامة ومنه ما اذا شتمت أجنبيا ومنه ما اذا كشفت وجهها لغير محرم أو كلمت أجنبيا أو تكلمت عامدا مع الزوج أو شاغبت معه ليسمع صوتها الاجنبى ومنه ما اذا أعطت من بيته شيأ من الطعام بلا اذنه حيث كانت العادة لم تجر به وان كانت العادة مسامحة المرأة بذلك بلا مشورة الزوج فليس له ضربها ومنه ما اذا دعت عليه وليس منه ما اذا طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لان لصاحب الحق يد الملازمة ولسان التقاضى كذا أفاده فى البزازية فى مسائل الضرب من فصل الامر باليد والمعنى الجامع للكل انها اذا ارتكبت معصية ليس فيها حد مقدر فان للزوج أن يعزرها كما ان للسيد ذلك بعبده كذا فى البدائع من فصل القسم بين النساء وهو شامل لما كان متعلقا بالزوج وبغيره وقد صرحوا بانه اذا ضربها بغير حق وجب عليه التعزير ولا يخفى انه انما يجوز ضربها لترك الزينة اذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية والا فلا كما انه يجوز ضربها لترك الاجابة اذا كانت طاهرة عن الحيض وعن النفاس وكما يجوز ضربها للخروج اذا كان الخروج بغير حق وأما اذا كان بحق فليس له ضربها عليه وقدمنا المواضع التى تخرج اليها بغير اذنه فى كتاب النفقات وأطلق فى الزوجة فشمل الصغيرة ولذا قال فى التبيين ان التعزير مشروع فى حق الصبيان وفى القنية مراهق شتم عالما فعليه التعزير اهـ وفى المجتبى معزيا الى السرخسى الصغر لا يمنع وجوب التعزير ولو كان حقا لله تعالى لمنع وعن الترجمانى البلوغ يعتبر فى التعزير أراد به ما وجب حقا لله تعالى نحو ما اذا شرب الصبى أو زنى أو سرق وما ذكره السرخسى فيما يجب حقا للعبد توفيقا بينهما اهـ قيد بالزوجة لا بالاب والمعلم لا يضمن وفى القنية ولا يجوز ضرب أختها الصغيرة التى ليس لها ولى بترك الصلاة اذا بلغت عشرا وله أن يضرب اليتيم فيما يضرب ولده به وردت الآثار والاخبار وفى الروضة له أن يكره ولده الصغير على تعلم القرآن والادب والعلم لان ذلك فرض على الوالدين ولو أمر غيره بضرب عبده حل للمأمور ضربه بخلاف الحر قال رضى الله عنه فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الآمر بأمره بخلاف المعلم لان المأمور يضربه نيابة عن الاب لمصلحته والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة الولد اهـ وفيها أيضا عن

بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة والخروج من البيت

(قوله أو قالت له يا حمار يا أبله) قال فى النهر ينبغى فى ظاهر الرواية عدم التعزير فيهما وعلى القول الثانى ان كان المقول له من الاشراف أن يعزر القائل والا لا ينبغى أن يفعل فى الزوج الا ان يفرق بين الزوجة وغيرها والموضع يحتاج الى تدبر وتأمل (قوله ان التعزير مشروع فى حق الصبيان) قال المؤلف فى باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ولم أر حكم الصبى اذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ ونقل الفخر الرازى عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ ومقتضى ما فى اليتيمة من كتاب السير ان الذمى اذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه اهـ قال الرملى هنا رحمه الله تعالى لا وجه لسقوطه خصوصا اذا لم يكن حق الله تعالى بل كان حق آدمى فتأمل (قوله قيد بالزوجة لا بالاب والمعلم)

أبي بكر أساء عبده لا يعزره وهذا خلاف قول أصحابنا وله التعزير دون الحد وبه نأخذ وكذلك امرأته لان الله تعالى قال واضربوهن اهـ والله أعلم

﴿كتاب السرقة﴾

لما كانت صيانة الاموال مؤخرة عن صيانة النفوس والعقول والاعراض أخر زاجر ضياعها وهي في اللغة أخذ الشئ في خفاء وحيلة يقال سرق منه مالا وسرقه مالا سرقا وسرقة ويسمى الشئ المسروق سرقة مجازا كذا في المغرب واما في الشريعة فلها تعريفان تعريف باعتبار الحرمة وتعريف باعتبار ترتب حكم شرعي وهو القطع اما الاول فهو أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية بغير حق سواء كان نصابا أولا واما الثاني فهو ما ذكره المصنف بقوله (هو أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ) أطلق في الاخذ فشمل الحقيقي والحكمي فالاول هو أن يتولى السارق أخذ المتاع بنفسه والثاني هو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر رجل واحد ويخرجوه من المنزل فان الكل يقطعون استحسانا وسيأتي فخرج بالتكليف الصبي والمجنون لان القطع عقوبة وهما ليسا من أهلها فهما مخصوصان من آية السرقة لكنهما يضمنان المال وان كان يجن ويفيق فان سرق في حال جنونه لم يقطع وان كان في حال الافاقة قطع ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع كذا في البدائع وشمل الذكر والانثى والحر والعبد ولو آبقا والمسلم والكافر كما في البدائع وخرج بقيد الخفية ما أخذ جهرا مغالبة أو نهبا أو اختلاسا فانه لا قطع فيه وأفاد بقوله الاخذ خفية الى ان الشرط الخفية وقت الاخذ أو دخول الحرز ليلا كان أو نهارا واما الخفية في الانتهاء فان كانت السرقة نهارا في المصر فهي شرط أيضا وما بين العشاء والعتمة من النهار ولذا قال في الاختيار ولو دخل بين العشاء والعتمة والناس منتشرون فهو بمنزلة النهار وان كانت السرقة ليلا فليست بشرط حتى لو دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى ولم يبين المصنف ان المعتبر كونها خفية على زعم السارق أو المسروق منه فهي رباعية فلو كان السارق يعلم ان صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضا فلا قطع أو لم يعلما فيقطع اتفاقا أو كان صاحب الدار يعلم بدخوله والسارق لا يعلم انه يعلم فانه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم السارق وان كان على عكسه بان زعم اللص بان صاحب الدار علم به وصاحب الدار لم يعلم ففي التبيين لا يقطع لانه جهر وفي الخلاصة والمحيط والذخيرة انه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما أيهما كان واحترز بقوله قدر عشرة دراهم عن سرقة ما دونها وأطلق في الدراهم فانصرفت الى المعهودة وهي أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة واحترز بالمضروبة عما اذا سرق تبرا وزنه عشرة دراهم أو متاعا قيمته عشرة دراهم غير مضروبة فانه لا قطع فيه على الصحيح بخلاف المهر والفرق ان الحد يدرأ بالشبهة فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة مع ان قوله مضروبة تأكيد وايضاح والا فالدرهم اسم للمضروب واما غير المضروب فلا يسمى درهما كما في المغرب فلو سرق نصف دينار قيمته النصاب قطع عندنا ولو سرق دينارا قيمته أقل من النصاب لا يقطع وتعتبر قيمة النصاب يوم السرقة ويوم القطع فلو كانت قيمته يوم السرقة عشرة فانتقص بعد ذلك ان كان نقصان القيمة لنقصان العين يقطع وان كان لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية ولو سرق ثوبا قيمته عشرة دراهم فأخذه المالك في بلد آخر وقيمة الثوب ثمة ثمانية دراهم درئ

كذا في بعض النسخ وفي بعضها الا ان الاب والمعلم لا يضمن لكن في التنوير وشرحه عن الشمني لو ضرب المعلم الصبي ضربا فاحشا فانه يعزر ويضمنه لو مات

﴿كتاب السرقة﴾

هو أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ

﴿كتاب السرقة﴾

عنه القطع وإذا وجبت تقويم المسروق بعشرة دراهم يقوم بأعز النقود أو بنقد البلد الذي يروج بين الناس في الغالب فالأول رواية الحسن عن الإمام والثاني رواية أبي يوسف عنه ولا يقطع السارق بتقويم الواحد بل لا بد من تقويم رجلين عدلين لهما معرفة بالقيمة لأنه من باب الحدود فلا يثبت إلا بما تثبت به السرقة فلا قطع عند اختلاف المقومين كما في الظهيرية وأطلق في قدر النصاب فشمل ما إذا كان المسروق منه واحدا أو أكثر فلو سرق واحد نصابا من جماعة قطع ولو سرق اثنان نصابا من واحد لا قطع عليهما فالعبرة للنصاب في حق السارق لا المسروق منه بشرط أن يكون الحرز واحدا فلو سرق نصابا من منزلين مختلفين فلا قطع والبيوت من دار واحدة بمنزلة بيت واحد حتى لو سرق من عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة من كل واحد منهم درهما قطع بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة وفيها حجر كما في البدائع وخرج باشتراط النصاب ما إذا سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فأخذ ثوبا آخر يساوي تسعة دراهم فأخرجه عليه لم يقطع لأنه لم يبلغ المأخوذ في كل واحد منهما نصابا كذا في البدائع وأطلق في الدراهم فانصرفت إلى الجياد فلو سرق زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة فلا قطع إلا أن تكون كثيرة تبلغ قيمتها نصابا من الجياد وقد استفيد من اشتراط النصاب اشتراط أن يكون المسروق مالا متقوما ولا بد أن يكون مملوكا لغيره فلا قطع في حصر المسجد وأستار الكعبة وإن كانت محرزة ولا بد من انتفاء الشبهة ولم يذكرهما المصنف للعلم بهما ولا بد من كون السارق ليس بأخرس ولا أعمى لاحتمال أنه لو نطق ادعى شبهة والأعمى جاهل بمال غيره وقوله محرزة بمكان أو حافظ بيان لكون الحرز على قسمين حرز بنفسه وهو كل بقعة معدة للإحراز ممنوع الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والخزائن والصناديق وحرز بغيره وهو كل مكان غير معد للإحراز وفيه حافظ كالمساجد والطرق والصحراء وسيأتي بيانهما وفي القنية لو سرق المدفون في المفازة يقطع اهـ ولا بد أن تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع في السرقة في دار الحرب ودار البغي فلو سرق بعض تجار المسلمين من البعض في دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لا يقطعه الإمام كذا في البدائع ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى سمرقند إذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مصرورة لا يقطع قال وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فإن كان يقطع لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا ترى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوي درهما ولا بد أن يكون للمسروق منه يد صحيحة فخرج السارق من السارق ولا بد أن يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال فقد علمت بما ذكرناه أن تعريف المختصر قاصر فلو قال المصنف هي أخذ مكلف ناطق بصير صاحب يد يسرى ورجل يمنى صحيحتين عشرة دراهم جيادا أو مقدارها مقصودة ظاهرة الإخراج خفية من صاحب يد صحيحة مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتأويل في دار العدل لكان أولى وقد علمت فوائد القيود وفي الظهيرية وشرط أصحابنا لقطع اليد اليمنى أن تكون اليد اليسرى والرجل اليمنى صحيحتين وهكذا ذكره في المجتبى من الشروط وفي التحقيق أن

(قوله وخرج باشتراط النصاب الخ) قال في النهر آخر الفصل الآتي ولو أخرج نصابا من حرز مرتين فصاعدا إن تخلل بينهما اطلاع المالك فأصلح النقب أو أغلق الباب فالإخراج الثاني سرقة أخرى كذا في السراج اهـ أي فلا يجب القطع إن لم يكن كل واحد نصابا ومقتضاه أنه إذا لم يتخلل ذلك قطع وقد رأيته في الجوهرة صرح به فيتقيد ما ذكره المؤلف به (قوله وفي القنية لو سرق المدفون الخ) ذكر المقدسي عند مسئلة النباش أن ما في القنية ضعيف (قوله وعليه ذكر في التجنيس الخ) أي على ما ذكر من ثبوت دلالة القصد لكن ظاهر عبارة التجنيس أنه لا يقطع وإن علم ما في الثوب وفي الفتح عن المبسوط سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرور عليه عشرة قال يقطع إذا علم أن عليه مالا بخلاف ما إذا لم يعلم اهـ ثم قال في الفتح فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع وإلا لا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصرور وعدمه صحيحة إلا أن كونه يعلم أولا يعلم هو المراد في نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا بالإقرار وما تقدم هو ما إذا لم يقر بجهله بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه وذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم اهـ وهو توفيق حسن

الاخذ المذكور وهو ركنها (قوله فيقطع ان أقر مرة أوشهد رجلان) بيان لحكمها وسبب ثبوتها وفي قوله مرة رد على أبي يوسف في قوله لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لانه أحد الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت باقراره مرة واحدة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة فيها لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيأ لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا يسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع ومن مسائل الاقرار لو قال أنا سارق هذا الثوب بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفي عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول أبي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيأ لو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنها فانتفى الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان كذا في فتح القدير ولم يذكر المصنف صحة الرجوع عن الاقرار للعلم بانه يصح الرجوع عن الاقرار بالحدود كلها الا حد القذف قال في الذخيرة واذا أقر بالسرقة ثم هرب لا يتبع وان كان في فوره اه بخلاف ما اذا شهدا عليه ثم هرب فانه يتبع كذا في الظهيرية ولم يشترط المصنف عدم التقادم في هذه الحجة لانه ليس بشرط في الاقرار وشرط في البينة فلو أقر بسرقة متقادمة قطع ولو شهدا عليه بذلك لا كما في البدائع وقدمنا ان حد التقادم في السرقة هو حده في الزنا كذا في الذخيرة واطلق في المقر فشمل الحر والعبد وسيأتي تفاصيلها في العبد وقيد بالرجلين لان شهادة النساء غير مقبولة فيه وكذا الشهادة على الشهادة وان قبلت في حق المال وأفاد المصنف بحصر الحجة فيما ذكر انه لا يقطع بالنكول وان ضمن المال وان العبد لا يقطع باقرار مولاه عليه بها وان لزم المال ولم يقيد المصنف الاقرار بالطواعية قال في الظهيرية واذا أقر بالسرقة مكرها فاقراره باطل ومن المتأخرين من أفتى بصحته وسئل الحسن بن زياد أيحل ضرب السارق حتى يقر قال ما لم يقطع اللحم لا يتبين العظم ولم يزد على هذا اه وفي التجنيس لا يفتى بعقوبة السارق لانه جور ولا يفتى به وفي الظهيرية هل ينبغي للسارق ان يعلم صاحب المتاع أنه سرق متاعه ان كان لا يخاف ان يظلمه متى أخبره يخبره ليصل الى حقه وان كان يخاف لا يخبره لانه معذور في ترك الاخبار ولكن يوصل الحق اليه بطريق آخر واذا قضى القاضي بالقطع ببينة أو اقرار ثم قال المسروق منه هذا

فيقطع ان أقر مرة أوشهد رجلان

(قوله وباب الرجوع الخ) جواب عما قد يقال فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه (قوله لانه على الاستقبال) والاول على الحال قال في النهر كذا في الفتح والظاهر أن يقال ان مع التنوين يحتمل الحال والاستقبال فلا يقطع بالشك لكن بقي أن هذا الاحتمال ثابت مع الاضافة أيضا فكان ينبغي أن لا يقطع أيضا فتدبره اه هذا وفي شرح الوهبانية لابن الشحنة والقطع المذكور باقراره وعدم رجوعه أما لو رجع قبل رجوعه كما تقدم وينبغي أن لا يجري في هذا الاطلاق لان العوام لا يفرقون فيفرق بين العالم والجاهل اللهم الا أن يقال يجعل هذا شبهة في درء الحد وفيه بعد والله تعالى أعلم اه (قوله لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنها) قال الرملي يعني فوجب ضمانهما بالاقرار ولا يجتمع قطع وضمان ورجوعه عن المائة صح في حق القطع ولم يصح في حق الضمان والمسروق منه يدعي المائتين المقر بهما أولا ولا يدعي المائة التي اضرب عنها بانفرادها فقط تأمل (قوله فانتفى الضمان ولم يجب القطع) كذا في عامة النسخ وفي نسخة فلا ينتفي وهو الموافق لما في الفتح حيث قال فلا يجب الضمان (قوله وحد التقادم في السرقة هو حده في الزنا) قال الرملي وتقدم أن الفتوى على أنه مقدر بشهر وتقدم أنه اذا كان لعذر تقبل (قوله ومن المتأخرين من أفتى بصحته) ظاهر اطلاقه صحته في حق المال والقطع وفيه نظر فان في ذلك شبهة قوية فكيف يقطع معها والظاهر أنه خاص في حق تضمينه المال فقط لما مر أنه لا يقطع بالنكول

وانه لو أقر ثم هرب لا يتبع (قوله وفي فتح القدير ولا يسأل المقر عن المكان) ذكر في النهر ان ذلك وقع في بعض النسخ قال وكانه تحريف والصواب أنه يسأل (قوله واعلم أنه لابد من حضور الشاهدين الخ) قال الرملي وفي شرح منظومة ابن وهبان لابن الشحنة ولا يشترط حضور الشهود للقطع على الصحيح الاخير من قول الامام وكذا عندهما وكذلك بعد موت الشهود ففي المسألة قولان قياس واستحسان والله تعالى أعلم (قوله وهذا في كل الحدود سوى الرجم) قال في الشرنبلالية بعد ان ذكر ان ذلك وقع في النهر أيضا وان المؤلف وأخاه تبعا صاحب الفتح قلت استثناء الرجم

مخالف لما تقدم لهم في حد الزنا بالرجم أنه اذا غاب الشهود أو ماتوا سقط الحد فلا يتجه الا استثناء الجلد فمقام حال الغيبة والموت بخلاف الرجم لاشتراط بداءة الشهود به وهذه عبارة الحاكم في الكافي واذا كان أي المسروق منه حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى

متاعه لم يسرقه مني انما كنت أودعته أو قال شهد الشهود بزور أو قال أقر هو بباطل أو ما أشبه ذلك سقط عنه القطع ويستحب للامام ان يلقن السارق حتى لا يقر بالسرقة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فقال أسرقت ما اخاله سرق ولانه احتيال للدرء وقوله اخاله بكسر الهمزة معناه أظنه وبالفتح كذلك وكلاهما افعل مضارع من المخيلة وهي الظن الا أن الحديث جاء بالكسر واذا شهد كافران على كافر ومسلم بسرقة مال لا يقطع الكافر كما لا يقطع المسلم ولو شهدا أنه سرق من فلان ثوبا فقال أحدهما انه هروي وقال الآخر انه مروي بسكون الراء ذكر في نسخ أبي سليمان انه على الخلاف اعتبارا باختلاف الشاهدين في لون البقرة وذكر في نسخة أبي حفص أنه لا تقبل الشهادة اجماعا اهـ ولم يذكر المصنف سؤال الشاهدين وفي الهداية وينبغي أن يسألهم الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى أن يسأل عن الشهود للتهمة اهـ زاد في الكافي أنه يسألهما عن المسروق اذ سرقة كل مال لا توجب القطع فالسؤال عن الكيفية لاحتمال انه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع والسؤال عن الماهية لاطلاقها على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة والسؤال عن الزمان لاحتمال التقادم وعلى المكان لاحتمال السرقة في دار الحرب من مسلم وفي المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وفيه نظر لاحتمال ان يكون قريب السارق أو زوجا فلابد من السؤال عنه كما في التبيين وأما سؤال المقر فانه عن جميع ما ذكرنا الا عن السؤال عن الزمان وفي فتح القدير ولا يسأل المقر عن المكان وهو مشكل للاحتمال المذكور واعلم انه لابد من حضور الشاهدين وقت القطع كحضور المدعي حتى لو غابا أو ماتا لا قطع وهذا في كل الحدود الا في الرجم ويعني القصاص وان لم يحضروا استحسانا كذا في كافي الحاكم وان شرط بداءة الشهود بالرجم (قوله ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا ان أصاب لكل نصاب) أي لو كان السارق جماعة لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه وقدمنا انه لا فرق بين كون الآخذ مباشرة أو تسببا ولابد من أن لا يكون فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي ولا مجنون ولا معتوه وأطلقه فشمل ما اذا كانوا خرجوا معه من الحرز أو بعده من فوره أو خرج هو بعدهم في فورهم لان بذلك يحصل التعاون وقيد بالجمع لانه لو سرق واحد من عشرة من كل واحد منهم

ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا ان أصاب لكل نصاب

يحضروا وقال أبو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه وكذلك الموت وكذلك هذا في كل حد وحق سوى الرجم ويعني القصاص وان لم يحضروا استحسانا لانه من حقوق الناس اهـ فهذا تصريح الحاكم اهـ ملخصا قلت وكان المؤلف رحمه الله تعالى استشعر

بذلك فقال بعد ما نقله عن الكافي وان شرط بداءة الشهود بالرجم ومراده بذلك دفع المنافاة بين ما ذكره في الكافي وبين ما مر في الحدود بان المراد ثمة حضورهم في ابتدائه وبداءتهم به وما هنا حضورهم الى تمامه فانه لا يشترط اما في القطع فلا يتأتى هذا التفصيل لكن بعد هذا بقيت المنافاة في حالة الغيبة والموت فان ما هنا ظاهره انه يرجم مع انه ليس كذلك على انك قد علمت من عبارة الحاكم المنقولة آنفا ان استثناء الرجم من القطع الذي هو القول الاخير للامام لا من عدم القطع وذلك لا غبار عليه وأظن ان في نسخة الكافي التي نقل عنها صاحب الفتح وتبعه المؤلف وأخوه سقطا فسقط منها القول الثاني فلذا اقتصروا على القول الاول مع انك علمت عن شرح الوهبانية تصحيح القول الثاني المرجوع اليه

درهما من بيت واحد يقطع لكمال النصاب فى حق السارق (قوله ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة) لانه لا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام لقول عائشة رضى الله عنها كانت اليد لا تقطع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشئ التافه أى الحقير وما يوجد جنسه مباحا فى الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير لقلة الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقل ما يوجد آخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ألا يرى أن الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التى كانت فيه وهى على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها أطلق الخشب وهو مقيد بما اذا لم يحدث فيه صنعة متقومة فان كان معمولا قطع فيه كما فى شرح الطحاوى كما يقطع فى الحصر البغدادية كما فى غاية البيان ومقيد بما اذا لم تجر العادة باحرازه فان كان مما يحرز كالساج والابنوس فانه يقطع فيه وأطلق السمك فشمل الطرى والمالح والطير فشمل الدجاج والبط والحمام ونظر بعضهم فى الزرنيخ فقال ينبغى أن يقطع به لانه يحرز ويصان فى دكاكين العطارين كسائر الاموال واختلف فى الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه فى الدكاكين والمغرة بفتح الغين الطين الاحمر ويجوز اسكانها وألحق فى المجتبى بما ذكر الفحم والاشنان والزجاج والملح والخزف واستثنى فى الظهيرية من الطير الدجاج فاوجب القطع فيه (قوله وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور) لانه لا قطع فيما يتسارع اليه الفساد لقوله عليه السلام لا قطع فى ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقال عليه السلام لا قطع فى الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما فى معناه كاللحم والتمر لانه يقطع فى الحنطة والسكر اجماعا ولا احراز فيما على الشجر وفى زرع لم يحصد ولتأول السارق فى الاشربة المطربة الاراقة وبعضها ليس بمال وفى مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المال والطنبور من المعازف أطلق فى الفاكهة فشمل العنب والرطب على المختار لانه يخاف الفساد من وجه وذكر الاسبيجابى انه لابد أن يكون المسروق يبقى من حول الى حول فاذا سرق شيأ لا يبقى من حول الى حول لا يجب القطع اه وقيد بالرطبة لانه يقطع فى اليابسة ويقطع فى الزبيب والتمر وأطلق فى اللحم فشمل القديد منه لانه يتوهم فيه الفساد وقيد بالاشربة لانه يقطع فى العسل والخل اجماعا كذا فى التبيين وفيه نظر لما نقله الناطفى عن المجرد قال أبو حنيفة لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة اه فلا يدعى الاجماع وأطلق فى الاشربة فشمل الحلو والمر وما اذا كان السارق مسلما أو ذميا وأشار بالطنبور الى جميع آلات اللهو وفى الظهيرية وغيرها والقطع فى الحنطة وغيرها اجماعا انما هو فى غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع الفساد اليه أو لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول وعنه عليه السلام لا قطع فى مجاعة مضطرة وعن عمر رضى الله عنه لا قطع فى عام سنة (قوله ومصحف ولو محلى) أى لا قطع فى سرقة مصحف ولو كان عليه حلية من ذهب أو فضة لان الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هى توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلى قال فى المبسوط ألا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مصرورة لم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وقد قدمناه وسيأتى انه لا قطع فى الدفاتر وهى الكتب شرعية كانت أولا (قوله وباب مسجد)

ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور ومصحف ولو محلى وباب مسجد

(قوله وفيه نظر لما نقله الناطفى الخ) قال المقدسى يحمل ما فى التبيين على ما لم يصر خمرا أو ان تلك رواية

لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه محرز بباب الدار ما فيها ولا محرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال فخر الاسلام فان اعتاد سرقة أبواب المساجد فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب اهـ وينبغي أن يكون كذلك سارق البزابيز من الميض وأشار الى انه لا قطع في سرقة حصره وقناديله وكذا استار الكعبة وان كانت محرزة لعدم المالك (قوله وصليب ذهب وشطرنج ونرد) لانه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر أطلقه فشمل ما اذا كان في حرز أولا والشطرنج بكسر الشين وفي ضياء الحلوم النرد الذي يلعب به وهو فارسي معرب وقل ما يأتلف النون والزاي في كلمة واحدة الا بدخيل بينهما اهـ وسيأتي في الشهادات انه كل لعب لا يحتاج لاعبه الى فكر وحساب (قوله وصبي حر ولو معه حلي) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في أخذ الصبي اسكاته أو حمله الى مرضعته أطلقه فشمل الصبي الذي لا يمشي ولا يتكلم والحلي بضم الحاء جمع حلي بفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر وأشار المصنف الى انه لو سرق اناء ذهب فيه نبيذ أو ثريد أو كلبا عليه قلادة فضة لا يقطع على المذهب الا في رواية عن أبي يوسف ورجحها في فتح القدير بأن الظاهر ان كلا منهما أصل مقصود بالاخذ بل القصد الى الاناء الذهب أظهر منه الى ما فيه ومما وافق ما ذكرنا ما في التجنيس سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه اكاف يساوي درهما بخلاف ما اذا سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة لانه سرق ماء من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورا عليه عشرة قال يقطع اذا علم ان عليه مالا بخلاف ما اذا لم يعلم (قوله وعبد كبير ودفاتر بخلاف الصغير ودفاتر الحساب) لانه في الكبير غصب أو خداع وهي محققة في الصغير وقال أبو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولو كانت قيمته أقل من النصاب وفي اذنه شئ يكمل النصاب يقطع باعتبار الضم أراد بالكبير المميز المعبر عن نفسه بالغا كان أو صبيا وبالصغير الذي لا يعبر عن نفسه وأطلق في الكبير فشمل النائم والمجنون والاعمى والمقصود من الدفاتر ما فيها وذلك ليس بمال الا دفاتر الحساب لان ما فيه لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكاغد والمراد بالدفاتر صحائف فيها كتابة من عربية أو شعر أو حديث أو تفسير او فقه مما هو من علم الشريعة وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا أن لا يختلف في القطع بسرقة كتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا والمراد بدفاتر الحساب دفاتر أهل الديون وقولهم لان المقصود الكاغد يدل على ان المراد به الذي مضى حسابه وقد قيل به كما ذكره الشمني وأما الدفاتر التي في الديوان المعمول بها فالمقصود علم ما فيها فلا قطع وأما دفاتر مثل علم الحساب والهندسة فهو كغيره فلا قطع بسرقته لانها ككتب الادب والشعر وقيد بالدفاتر لانه لو سرق الورق والجلد قبل الكتابة قطع ذكره الشمني (قوله وكلب وفهد) لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة أطلقه فشمل ما اذا كان عليه طوق ذهب أو فضة علم به أو لم يعلم لانه يتبع له كالصبي الحر اذا كان عليه حلي (قوله ودف وطبل وبربط ومزمار) لانها عندهما

وصليب ذهب وشطرنج ونرد وصبي حر ولو معه حلي وعبد كبير ودفاتر بخلاف الصغير ودفاتر الحساب وكلب وفهد ودف وطبل وبربط ومزمار

(قول المصنف وصليب ذهب) ظاهر اطلاقه أنه لا فرق في السارق بين كونه مسلما أو نصرانيا وفي الذخيرة ولا يقطع الذمي في الخمر عند أبي يوسف وكذلك في الصليب اذا كان في مصلى لهم وان كان في بيت قطع اهـ قلت وهذا وجهه ظاهر لان الذمي لا يأخذه للكسر بل لذاته لكن اذا أخذه من مصلاهم لا يقطع لكونه في حكم المسجد يؤذن في دخوله بخلاف أخذه من بيت

(قوله وما اذا سرق من القبر ثوبا غير الكفن) قال فى النهر فى شمول الاطلاق لهذا نظر ظاهر (قوله واما مال الوقف الخ) قال المقدسى فى شرحه صرحوا بان متولى الوقف يقطع بطلبه ذكره فى التبيين والفتح ونحوهما وطلبه اعتباره فى الوقف اهـ وقال الرملى صرح ابن ملك فى شرح المجمع من بحث الحاص بأنه لو سرق مال الوقف من المتولى يجب القطع وسيأتى فى شرح قوله ولو مودعا والاصل فيه ان كل من كان له يد صحيحة ملك الخصومة الى أن قال فللمالك أن يخاصم السارق ثم قال ومتولى المسجد ثم قال فتعتبر خصومتهم فى ثبوت ولاية الاسترداد وفى حق القطع فهو صريح فيه

وبخيانة ونهب واختلاس ونبش ومال عامة أو مشترك ومثل دينه

لا قيمة لها وعليه الفتوى فلا ضمان على من كسرها وعند أبى حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها والدف بالضم والفتح الذى يلعب به وهو نوعان مدور ومربع كذا فى المغرب والبربط بفتح البائين الموحدتين وهو العود كذا فى الترغيب والترهيب أطلقه فشمل الدف والطبل للغزاة وفيه اختلاف المشايخ والاصح عدم القطع لان صلاحيته للهو صارت شبهة كذا فى غاية البيان (قوله وبخيانة ونهب واختلاس) لانتفاء ركن السرقة وهى الاخذ خفية الخيانة هى الاخذ مما فى يده على وجه الامانة والنهب هو الاخذ على وجه العلانية والقهر فى بلد او قرية والاختلاس الاختطاف وهو ان يأخذ الشئ بسرعة والاسم الخلسة وفى السنن والجامع للترمذى مرفوعا ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع واما ما فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبى صلى الله عليه وسلم بقطعها فاجاب عنه الجماهير بان القطع كان لسرقة صدرت منها وتمامه فى فتح القدير (قوله ونبش) أى لا قطع على النابش وهو الذى يسرق اكفان الموتى بعد الدفن وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز مثله فيقطع ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة أهل المدينة ولان الشبهة تمكنت فى الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل فى المقصود وهو الانزجار لان الجناية فى نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة لمن اعتاده فيقطعه الامام سياسة لا حدا أطلقه فشمل ما اذا كان القبر فى بيت مقفل على الصحيح وما اذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بينا وما اذا سرق من القبر ثوبا غير الكفن لعدم الحرز وأشار الى أنه لو سرق من البيت الذى فيه قبر الميت مالا آخر غير الكفن أنه لا يقطع لتأوله بالدخول الى زيارة القبر وكذا لو سرق من بيت فيه الميت لتأوله بتجهيزه وهو أظهر من الكل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة (قوله ومال عامة أو مشترك) لان له فيه شركة حقيقة فى الثانى أو شبهة شركة فى الاول وهو مال بيت المال فانه مال المسلمين وهو منهم واذا احتاج ثبت الحق له فيه بقدر حاجته فاورث شبهة والحدود تدرأ بها وأما مال الوقف فلم أر من صرح به ولا يخفى أنه لا يقطع به لعدم المالك كما صرحوا انه لو سرق حصر المسجد ونحوها من حرز فانه لا يقطع معللا بعدم المالك (قوله ومثل دينه) لانه استيفاء لحقه أطلقه فشمل ما اذا كان الدين مؤجلا وهو استحسان لان التأجيل لتأخير المطالبة والمراد بالمماثلة المثل من حيث الجنس بان كان من النقود سواء كان من جنسه حقيقة كان يكون دينه دراهم فسرق دراهم أو من جنسه حكما كان سرق دنانير فى الصحيح ولهذا كان للقاضى أن يقضى بها دينه من غير رضا المطلوب وبضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة فخرج ما اذا سرق عروضا ومنها الحلى فانه يقطع لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضى ولم يوجد وعن أبى يوسف أنه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى

دليل

ويلوح الفرق بين نحو حصر المسجد وغيرها فتأمل اهـ ونحوه فى حواشى أبى السعود عن شيخه ولعل الفرق هو ان الوقف باق على ملك الواقف حكما عند الامام كما يأتى فى محله لكن هذا يظهر فى رقبة الوقف اما غلته فلا وعلى هذا فعدم القطع فى حصر المسجد لعدم المالك لكونها من غلة الوقف بخلاف رقبة الوقف كما لو وقف على أولاده مثلا ما جرى به التعامل من المنقولات وقد صرحوا بان غلة الوقف ملك المستحقين وانها أمانة تحت يد الناظر فعلى هذا يكون للمتولى يد صحيحة عليها فله القطع بها لكن ينبغى عدم القطع فيما لو كان وقفا على العامة كالوقف على الفقراء فانه مثل بيت المال اذا كان السارق فقيرا وأما وقف المسجد فالظاهر أنه ليس كذلك لانه ليس لاحد تناول شئ من غلته لانها تصرف فى منافع المسجد الا أن يكون له وظيفة فى المسجد

دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف وأما المماثلة من حيث القدر فليست بشرط لانه لو سرق زيادة على حقه لا يقطع لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة وكذا المماثلة من حيث الوصف حتى لو سرق من جنس حقه أجود أو أردأ لا يقطع كذا في المجتبى وفيه ان ابن أبي ليلى والشافعي يطلقان أخذ خلاف جنس حقه للمجانسة في المالية وما قالاه هو الأوسع ويجوز الأخذ به وان لم يكن مذهبنا فان الانسان يعذر في العمل به عند الضرورة اه وقيد بسرقة الدائن لان المكاتب أو العبد اذا سرق من غريم المولى قطع الا ان كان المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله و بشئ قطع فيه ولم يتغير) وهذا استحسان والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل كما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى و بالرد الى المالك وان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف لاختلاف سببه ولان تكرار الجناية فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية فصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قيد بقوله ولم يتغير لانه لو تغير مثل ما لو كان غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه فانه يقطع وعلى هذا الصوف والقطن والكتان وكل عين احدث المالك فيه صنعا بعد القطع لو أحدثه الغاصب ينقطع به حق المالك واطلق في التغير فشمل المعنوي كما اذا باعه المسروق منه بعد القطع ثم اشتراه فسرقه لان تبدل السبب كتبدل العين وذكر الشمني أنه لا يقطع عند مشايخ العراق و ينبغي أن يكون حكم ما اذا باعه المالك فسرقه من المشتري وجوب القطع بالاولى (قوله و يقطع بسرقة الساج والقنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) لان هذه الاشياء من أعز الاموال وأنفسها وهي محرزة لا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وفي شرح المختار لا قطع في العاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شئ قطع فيه وأشار المصنف الى أنه يقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر بالاولى وفي طلبة الطلبة قال جار الله العلامة الساج ضرب من الشجر يعلوه الحمرة وهو صلب كالحجر ولا يكون هذا الابنوس الا في بلاد الهند ودور وسادات مكة من هذا الساج اه والقنا خشب الرماح جمع قناة والفها منقلبة عن الواو والابنوس بفتح الباء معروف وهو معرب ولم يذكر المصنف الزجاج لانه لا قطع فيه على الظاهر لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقصا في المالية (قوله والاواني والابواب المتخذة من الخشب) لانه بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وقدمنا انهم قالوا في الحصر البغدادية يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وقوله من الخشب متعلق بالاواني والابواب وقيد به لان الاواني المتخذة من الحشيش والقصب لا قطع فيها لان الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تتضاعف قيمته ولا تحرز حتى لو كان الغلبة فيه للصنعة كالاواني التي تتخذ للبن والماء من الحشيش في بلاد السودان يقطع فيها لما ذكرنا وأطلق في الابواب وهي مقيدة بقيدين أحدهما أن لا يكون مركبا ليكون حرزا

و بشئ قطع فيه ولم يتغير و يقطع بسرقة الساج والقنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ والاواني والابواب المتخذة من الخشب

(قوله وفيه ان ابن أبي ليلى) أي وفي المجتبى

(قوله فلو كان ثقيلا الخ) قال فى الفتح ونظر فيه بان ثقله لا ينافى ماليته ولا ينقصها وإنما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع فى فرده حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم فى الكافى القطع اهـ وأجاب بعضهم بانه إنما يرد لو لم يقل فى الهداية لان الثقيل منه فمع التقييد بقوله منه لا يرد اهـ وفيه نظر ظاهر

﴿فصل فى الحرز﴾ (قوله ثم الاخراج من الحرز شرط الخ) حاصل كلامه على ما يفهم من الفتح ان الاجماع منعقد على اعتبار الحرز وان من نقل عنه خلاف ذلك لم يثبت عنه والآية وان كانت قطعية لكن ثبت تخصيصها بمقدار النصاب فجاز تخصيصها بعد ذلك بما هو من الامور الاجماعية واخبار الآحاد ونحوها فقوله بناء قيد لنقل ابن المنذر الاجماع وقوله بعض ما خصص متعلق بقوله تخصيصا وقوله به بالاجماع متعلقان بتخصيصا أيضا لكن البناء ٦٢ فى بالاجماع للسببية (قوله أما اذا سرق من قريبه المحرم الخ) قال البرجندى الظاهر أنه لا دخل للقرابة وإنما المعتبر الحرز ففى كل موضع كان له أن يدخل فيه بلا مانع ولا حشمة لا يقطع سواء كان بينهما قرابة أولا ولهذا لا يقطع لو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره قال الحموى وفيه نظر فان الصديقين يدخل أحدهما بيت الآخر بلا مانع ولا حشمة مع أنه يقطع اذا سرق من بيت صديقه فظهر أن للقرابة يعنى المؤبدة بالمحرمية مدخلا و يدل على ذلك تعليلهم المسئلة بان القطع يفضى الى قطيعة الرحم وأقول هذا لا يرد على البرجندى لان الصديق وان كان يدخل محل صديقه بلا مانع ولا حشمة لكن لزمه القطع للسرقة من بيت لم يؤذن له فى دخوله حتى لو سرق من المحل الذى جرت عادته بدخوله لم يقطع كذا فى حاشية أبى السعود (قوله وقد يقال ليس القطع حقه الخ) قال فى النهر أنت خبير بان هذا مشترك الالزام اذ يجوز أن يقال بالقطع فيما اذا سرق من بيت ذى الرحم المحرم ولا يلزم القطيعة لانه حق الله تعالى اهـ وقد يقال انه وان لم يلزم ذلك هناك لكن عدم الحرز مانع من القطع ولو كان غير محرم فتدبر (قوله وبه اندفع ما فى التبيين الخ) سبقه الى هذا العينى وتبعه فى النهر وغيره وهذا غفلة منهم عن عبارة الزيلعى فان نسخة الكنز التى شرح عليها بلفظ ذى رحم محرم منه ومثلها عبارة الهداية فقوله منه قيد للمحرم وضميره للرحم أى محرم من الرحم فخرج به ابن العم الذى هو أخ من الرضاع لانه محرم من الرضاع لا من الرحم فقوله بلا رضاع لم يفده

﴿فصل فى الحرز﴾ ومن سرق من ذى رحم محرم لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وأخته وصهره ومن مغنم وحمام وبيت أذن فى دخوله لم يقطع

فلا قطع فى المركب لعدم الاحراز لانها حرز لغيرها ثانيها أن يكون الباب خفيفا فلو كان ثقيلا لا يثقل على الواحد حمله فلا قطع لان الثقيل منه لا يرغب فى سرقته وفى عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من أن تكون جلود السباع لانها أخذت أسماء أخر والله أعلم

﴿فصل فى الحرز﴾ هو فى اللغة الموضع الحصين يقال احرزه اذا جعله فى الحرز كذا فى المغرب وفى الشرع ما يحفظ فيه المال عادة أى المكان الذى يحرز فيه كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم تخصيصا للآية السرقة به بالاجماع كما نقله ابن المنذر بناء على عدم صحة الخلاف بعد ما خصص بمقدار النصاب (قوله ومن سرق من ذى رحم محرم لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام و بيت أذن فى دخوله لم يقطع) لوجود الشبهة فى كل واحد منها أما اذا سرق من قريبه المحرم فللدخول فى الحرز مع البسوطة فى المال فى الاصول والفروع والمراد من السرقة منه السرقة من بيته اطلقه فشمل ما اذا سرق ماله أو مال غيره لان بيته ليس بحرز فى حقه مطلقا واحترز به عما اذا سرق مال محرمه من بيت غيره فانه يقطع لوجود الحرز وينبغى أن لا يقطع لما فى القطع من القطيعة فيندرئ كذا فى فتح القدير وقد يقال ليس القطع حقه وإنما هو حق الشرع فلا يكون قطيعة وينبغى أن لا يقطع فى الولاد لما ذكرنا من الشبهة فى ماله فعدم القطع فى الولاد للشبهة لا لعدم الحرز وفى المحارم لعدم الحرز واحترز بقوله لا برضاع عن المحرم الذى محرميته بالرضاع كابن العم الذى هو أخ من الرضاع فانه رحم محرم لا من جهة القرابة وإنما محرميته من جهة الرضاع فاذا سرق من بيته قطع كما اذا سرق من الرحم فقط وبه اندفع ما فى التبيين من انه لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل فى ذى الرحم المحرم اهـ ظنا منه انه متعلق بالرحم وليس كذلك بل متعلق بالمحرم كما علمت واما اذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته

سيدته فلوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز أطلق فى الزوجين فشمل الزوجية وقت السرقة فقط بان سرق منها ثم أبانها وانقضت عدتها ثم ترافعا فلا قطع والزوجية بعدها كما اذا سرق من أجنبية ثم تزوجها ثم ترافعا فلا قطع ولو بعد القضاء وكذا عكسه لوجود الشبهة قبل الامضاء وشمل الزوجية من وجه كما اذا سرق من مبتوتة فى العدة أو سرقت هى منه لوجود الخلطة بخلاف ما اذا سرق منها بعد الانقضاء فانه يقطع والحاصل ان فى باب السرقة يكتفى بوجود الزوجية فى حالة من الاحوال قبل القطع لسقوطه وفى باب الرجوع فى الهبة لا بد من قيام الزوجية وقت الهبة فلو حدثت بعدها فالرجوع ثابت وفى الوصية الاعتبار لها حالة الموت لا غير وشمل ما اذا سرق أحدهما من حرز لا يسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما فى الاموال عادة والعبد فى هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع فى سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لانه مأذون له بالدخول عادة فى بيت مولاها لاقامة المصالح وأطلقه فشمل القن والمكاتب لانه قن ما بقى عليه درهم والمأذون له فى التجارة واما اذا سرق من مكاتبه فان له حقا فى اكسابه ولذا لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه واما اذا سرق من ختنه ومن صهره فالمذكور هنا قول الامام وعندهما يقطع لانه لا شبهة فى ملك الختن لانها تكون بالقرابة ولا قرابة وله ان العادة قد جرت بالبسوطة فى دخول بعضهم منازل بعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة فى الحرز والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف اذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة ومحل الاختلاف ما اذا لم يجمعهما منزل واحد اما اذا جمعهما منزل واحد فلا قطع اتفاقا كذا فى شرح الطحاوى وسيأتى فى باب الوصية للاقارب وغيرهم ان الاصهار كل ذى رحم محرم من امرأته والاختان زوج كل ذى رحم محرم منه واما اذا سرق من المغنم فان له فيه نصيبا كما أفتى به على رضى الله عنه مع ان المصنف قد قدم انه لا قطع فى المال المشترك فالظاهر من اعادته انه لا قطع وان لم يكن له حق فى الغنيمة وبحث فى غاية البيان بانه ينبغى أن يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب فى الغنيمة فى الاربعة الاخماس أو فى الخمس كالغانمين أو اليتامى والمساكين اما غيرهم فلا نصيب له فى الغنيمة فينبغى أن يقطع بخلاف السارق من بيت المال فانه معد لمصالح عامة المسلمين وهو منهم الا أن يقال ان مال الغنيمة مال مباح فى الاصل فلا قطع بسرقته حيث كان على صورته ولم يتغير وسواء كان السارق حرا أو عبدا واما اذا سرق من الحمام أو بيت أذن للناس فى الدخول فيه فلاختلال الحرز بالاذن فى الدخول أطلقه فشمل ما اذا سرق من الحمام وصاحبه عنده أو المسروق تحته بخلاف ما اذا سرق من المسجد وصاحبه عنده فانه يقطع والفرق على الظاهر ان الحمام بنى للاحراز فكان حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد لانه ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء وشمل ما اذا سرق من الحمام فى وقت لم يؤذن للناس فى الدخول فيها كالليل والمنقول فى التبيين انه يقطع بخلاف المسجد لا يقطع مطلقا وأطلق فى المأذون للناس فى دخوله فشمل حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منه ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار كذا فى الهداية وفى قوله للناس اشارة الى انه لو أذن لجماعة مخصوصين بالدخول فدخل واحد غيرهم وسرق فانه يقطع ولم أره صريحا وقد قدم المصنف انه لا بد من الاحراز بمكان أو حافظ قال الطحاوى فى كتابه حرز كل شئ معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من اصطبل لا يقطع وذكر الكرخى فى كتابه ان ما كان حرزا لنوع فهو حرز للانواع كلها قال شمس الائمة السرخسى وهذا هو المذهب عندنا والقفاف لا يقطع وهو الذى يعطى الدراهم

شيأ فافهم (قوله والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع) انظر ما معنى هذا الكلام هنا فان المحرم بالرضاع يقطع كما تقدم

لينظر اليها فيأخذ منها وصاحبها لا يعلم والفشاش وهو الذى يهيء لغلق البيت ما يفتحه به اذا فتش نهارا وليس فى البيت ولا فى الدار أحد وأخذ المتاع لا يقطع وان كان فيها أحد من أهلها فأخذ المتاع وهو لا يعلم قطع وفى الحاوى اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية وأخذ المتاع قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع ولو سرق من السطح ثيابا تساوى نصابا يقطع لانه حرز واذا سرق ثوبا بسط على حائط فى السكة لا يقطع وكذلك لو سرق ثوبا بسط على خص الى السكة وان بسط على الحائط الى الدار أو على الخص الى السطح قطع كذا فى الظهيرية اه (قوله ومن سرق من المسجد متاعا وربه عنده قطع) لانه عليه السلام قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد. أراد بالمسجد كل موضع لم يكن حرزا فدخل الطريق والصحراء وأطلق فى ربه فشمل النائم واليقظان وهو الصحيح وأراد من كونه عنده أن يكون بحيث يراه كما فى المجتبى وأطلق فى كونه عنده فشمل ما اذا كان تحت رأسه أو تحت جنبه أو بين يديه حالة النوم وهو قول بعض المشايخ واليه مال الامام السرخسى وفى الاصل ما يدل على خلافه فانه قال المسافر ينزل فى الصحراء فجمع متاعه وبيت عليه فسرق رجل منه شيأ قطع فان بعض المشايخ فهم منه انه اذا كان موضوعا بين يديه لا يقطع كذا فى الظهيرية وصحح فى المجتبى ما اختاره السرخسى من الاطلاق لانه يعد النائم حافظا له عادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره فى الفتاوى اه وأشار المصنف الى انه لو سرق الغنم أو البقر أو الفرس من المرعى ومعها حافظ فانه يقطع واطلاق محمد عدم القطع محمول على ما اذا لم يكن معها حافظ لكن ان كان الحافظ الراعى ففيه اختلاف ففى البقالى لا يقطع وهكذا فى المنتقى عن أبى حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعى لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره كذا فى فتح القدير وفى المجتبى لا قطع فى المواشى فى المرعى وان كان معها الراعى وان كان معها سوى الراعى من يحفظها يجب القطع وكثير من مشايخنا أفتوا بهذا وان كانت الغنم تاوى الى بيت فى الليل بنى لها عليه باب مغلق فكسره وسرق منها شاة قطع لا يعتبر الغلق اذا كان الباب مردودا الا أن يكون بيتا منفردا فى الصحراء أو المراح وفى الحاوى اتخذ من الحجر أو الشوك حظيرة وجمع هذه الاغنام وهو نائم عندها قطع وعن محمد يقطع سواء كان معها حافظ أو لا وعليه عامة المشايخ اه وأشار المصنف بالحضرة الى ان الثياب ليست عليه فلو سرق من رجل ثوبا عليه أو رداء أو قلنسوة أو منطقة أو سرق من امرأة نائمة حليا عليها لم يقطع وكذا اذا سرق من رجل نائم عليه ملاءة وهو لابسها لم يقطع وقيل يقطع كالموضوع عنده كذا فى المجتبى وقيد بما ليس بحرز لما فى الخلاصة جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لم يقطع ولو كان فى مسجد جماعة قطع (قوله ولو سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار لا) أى لا يقطع اما الاول فلان البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة أطلقه فشمل ما اذا سرق من البيت الذى أضافه فيه أو من بعض بيوت الدار سواء كان مقفلا أو من صندوق مقفل ذكره القدورى فى شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد فبالاذن فى الدار اختل الحرز فى جميع بيوتها واما الثانى فلان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها وما فيها فى يد صاحبها معنى فتمكن شبهة عدم الاخذ فمقيد بالسرقة لانه يجب الضمان على الغاصب بمجرد الاخذ وان لم يخرجه من الدار هو الصحيح لانه يجب مع الشبهة (قوله وان أخرجه من حجرة الى

الدار

ومن سرق من المسجد متاعا وربه عنده قطع ولو سرق ضيف ممن أضافه أو سرق سارق شيأ ولم يخرجه من الدار لا وان أخرجه من حجرة الى

(قوله فلو سرق من رجل ثوبا عليه الى قوله لم يقطع) أى لانه اختلاس كما فى الزيلعى وجزم بانه لو سرق من رجل قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة له وهو لابسها أو واضعها قريبا منه يقطع فتأمل

(قوله فيها مقاصير) قال في معراج الدراية المقصورة الحجرة بلسان أهل الكوفة (قوله ثم ألقاه في الطريق الخ) قال في الجوهرة هذا اذا رمى به في الطريق بحيث يراه والا فلا قطع عليه وان خرج وأخذه لانه صار مستهلكا له قبل خروجه بدليل

الدار وأغار من أهل الحجرة على حجرة أخرى أو نقب فدخل وألقى شيأ في الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع) بيان لاربع مسائل الاولى لو كانت الدار فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة الى صحن الدار فانه يقطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة فالمراد بالدار الكبيرة التي فيها منازل وفي كل منزل مكان يستغني به أهله عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة والا فهي المسئلة السابقة التي لا بد فيها من الاخراج من الدار الثانية لو أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا والمراد أنه دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب في العدو اذا أسرع الثالثة اللص اذا نقب البيت فدخل وأخذ المال ثم ألقاه في الطريق ثم خرج وأخذه فانه يقطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ فكذا الاخذ من السكة كما لو أخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وقيد بقوله ثم أخذه لانه لو لم يأخذه فهو مضيع لا سارق وكذا لو أخذه غيره الرابعة لو حمله على حمار وساقه وأخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه قيد بالسوق لانه لو لم يسقه وخرج بنفسه لم يقطع والمراد أن يكون متسببا في اخراجه فيشمل ما اذا علقه في عنق كلب وزجره ولو خرج بغير زجر لم يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا ينقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق فانه لا يقطع ويشمل ما لو ألقاه في نهر في الدار وكان الماء ضعيفا وأخرجه بتحريك السارق لان الاخراج مضاف اليه وان أخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح لانه أخرجه بسببه كذا في النهاية (قوله وان ناوله آخر من خارج أو أدخل يده في بيت فأخذ أو طر صرة خارجة من كم أو سرق من قطار بعيرا أو جملا لا) أي لا يقطع في هذه المسائل الاربع اما الاولى وهي ما اذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر من خارج الدار فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد أطلقه فشمل ما اذا أخرج الداخل يده وناولها الخارج أو أدخل يده الخارج فتناولها من يد الداخل وهو ظاهر المذهب ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح انه لا يقطع كذا في فتح القدير وأما الثانية وهي ما اذا أدخل يده في بيت وأخذ فلما روي عن علي رضي الله عنه ان اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده من غير ان يدخله ولانه لم يهتك الحرز قيد بالبيت لانه لو أدخل يده في الصندوق والجيب والكم ونحوه فانه يقطع لان الممكن فيها ادخال اليد لا الدخول بخلاف ما اذا شق الجوالق فتبدد ما فيه من الدراهم فأخذه لا يقطع لعدم الهتك وأما الثالثة وهي ما اذا طر صرة خارجة من كم فلان الرباط من خارج فبالطر لا تبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الخارج فلم يوجد هتك الحرز قيد بكونها خارجة لانه ان طر صرة داخلة وأخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر تبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ

وجوب الضمان عليه فاذا وجب عليه الضمان باستهلاكه قبل خروجه لم يجب عليه قطع كما لو ذبح الشاة في الحرز وليس كذلك اذا رمى به بحيث يراه لانه باق في يده فاذا خرج وأخذه صار كأنه خرج وهو معه اه (قوله وقيل يقطع وهو الاصح)

الدار وأغار من أهل الحجرة على حجرة أخرى أو نقب فدخل والقى شيأ في الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع وان ناوله آخر من خارج أو أدخل يده في بيت فأخذ أو طر صرة خارجة من كم أو سرق من قطار بعيرا أو جملا لا

قال في النهر يشكل عليه ما مر من مسئلة الطائر ولذا والله تعالى أعلم جزم الحدادي بأنه لا قطع ولم يحك غيره اه وقد يدفع الاشكال بأن الطائر طار باختياره فلم يضف الفعل الى السارق لانه عرض على فعله فعل مختار لان للدابة اختيارا

كما مر ونظيره ما قالوه في الغصب لو حل قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فذهبت لا يضمن (قوله فتبدد ما فيه من الدراهم فأخذه) أي أخذه من الارض مثلا ولم يدخل يده فيه اما ان أدخل يده فأخذ يقطع لوجود الهتك كما صرح به الزيلعي وعليه يحمل ما يأتي من قوله لو شق الجوالق على الجمل وهو يسير وأخذ ما فيه فانه يقطع

من الداخل فوجد الهتك والطر الشق وذكر الشمني ان المراد بالصرة بعض الكم المشدود فيه الدراهم وقيد بالطر لانه لو كان مكانه حل الرباط انعكس الحكم لانعكاس العلة فيقطع ان كان الرباط خارج الكم لانه يأخذ الدراهم من داخله ولا يقطع ان كان الرباط من داخل الكم لانه يأخذها من خارجه وفي فتح القدير وما ذكر من التفصيل في الطر ظهر ان ما يطلق في الاصول من ان الطرار يقطع انما يتأتى على قول أبي يوسف فانه قال يقطع الطرار على كل حال اه وأما الرابعة وهي ما اذا سرق من قطار بعيرا أوجملا عليه فانه ليس بحرز مقصودا فيتمكن فيه شبهة العدم أطلقه فشمل ما اذا كان معها سائق أوقائد أولم يكن لان السائق أوالراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع والقطار الابل على نسق واحد والجمع قطر وقيد بسرقة الجمل لانه لوشق الجولق على الجمل وهو يسير وأخذ ما فيه فانه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان هاتكا للحرز بخلاف ما اذا أخذ الجولق بما فيه وكذا لوسرق من الفسطاط فانه يقطع ولوسرق نفس الفسطاط فانه لا يقطع لعدم احرازه الا اذا كان الفسطاط غير منصوب وانما هوملفوف عنده من يحفظه أوفي فسطاط آخر فانه يقطع كذا في فتح القدير (قوله وان شق الجمل فسرق منه أوسرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه أونائم عليه أوأدخل يده في صندوق أوجيب غيره أوكمه فأخذ المال قطع) لوجود السرقة من الحرز وقدمنا كل ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ لما كان القطع حكم السرقة ذكره عقبه لان حكم الشئ يعقبه (قوله وتقطع يمين السارق من الزند) لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة ان ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد ان يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى والافصح الجمع وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في الآية وقد قطع عليه السلام اليمين والصحابة رضي الله عنهم وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع وهو مذكر كما في المغرب فلانه المتوارث ومثله لا يطلب له سند بخصوصه كالمتواتر ولا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أوضعفهم (قوله وتحسم) أي تكوى كي ينقطع الدم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لولم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف كذا في الهداية وهو يقتضي وجوبه وفي المغرب الحسم ان يغمس في الدهن الذي أغلي وفي فتح القدير وثمن الزيت وكلفة الحسم على السارق عندنا والمنقول عن الشافعي وأحمد انه يسن تعليق يده في عنقه لانه عليه السلام أمر به رواه أبوداود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه عليه السلام في كل من قطعه ليكون سنة (قوله ورجله اليسرى ان عاد) لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه وعليه اجماع المسلمين ولم يذكر المصنف نهاية القطع من الرجل لانه يقطع من الكعب عند أكثر العلماء وفعل عمر رضي الله عنه ذلك وقال أبوثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يفعل كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها اه (قوله فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع) لقول علي رضي الله عنه فيه اني لاستحي من الله ان لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها فلهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفي ما أمكن جبرا لحقه وما ورد من الحديث من

وان شق الجمل فسرق منه أوسرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه أونائم عليه أوأدخل يده في صندوق أوجيب غيره أوكمه فأخذ المال قطع

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ وتقطع يمين السارق من الزند وتحسم ورجله اليسرى ان عاد فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾

قطع يده اليسرى في الثالثة والرجل اليمنى في الرابعة فقد طعن فيه الطحاوي أو نحمله على السياسة وتمامه في الاصول من بحث الامر وفي الفتاوى السراجية للإمام ان يقتله سياسة كذا في شرح مسكين ولم يذكر المصنف ضربه مع الحبس وأثبته في المجتبى ولم يذكروا متى تقبل توبته وتظهر وفي غاية البيان معزيا الى النافع انه يحبس حتى يتوب أو تظهر عليه سيما رجل صالح (قوله كمن سرق وابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة) يعني لا يقطع في هذه المسائل لما فيه من تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وقوام البطش بالابهام قيد بالابهام لانه لو كان المقطوع أصبعا غير الابهام أو أشل فانه يقطع لان فوتها لا يوجب خللا في البطش ظاهرا وقيد باليد اليسرى لانه لو كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع يقطع في ظاهر الرواية لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز وقيد بقطع الرجل اليمنى لانه لو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع القيام والمشي لم تقطع يده كذا في غاية البيان وفي الكافي واذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق وكذلك ان كان قطع يده اليسرى وان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير ان يؤمر بذلك فلا شيء عليه اهـ (قوله ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) أي اذا قال الحاكم للجلاد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه أخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي أن يجب القصاص الا انه امتنع القصاص للشبهة ولأبي حنيفة انه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الجلاد لا يضمن أيضا هو الصحيح قيد بالامر لانه لو قطعه أحد قبل الامر والقضاء وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ اتفاقا وسقط القطع عن السارق لانه مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا وقضاء القاضي بالحد كالامر على الصحيح فلا يرد على المصنف وقيد بقوله بخلافه لان الحاكم لو أطلق وقال اقطع يده ولم يعين اليمنى فلا ضمان على القاطع اتفاقا لعدم المخالفة اذ اليد تطلق عليهما وكذلك لو أخرج السارق يده فقال هذه يميني لانه قطعه بأمره وقيد بعدم الضمان لانه يعزر اذا كان عمدا كما في فتح القدير ولم يذكر المصنف ان هذا القطع وقع حدا أولا قالوا فعلى طريقة انه وقع حدا فلا ضمان على السارق لو كان استهلك العين

(قوله للإمام أن يقتله سياسة) أي ان سرق بعد القطع مرتين لا ابتداء كذا ذكره بعضهم وكلامه في النهر يفيد أن جواز قتله سياسة محمول على ما اذا سرق في الخامسة حيث قال في الجواب عن الحديث السابق وبتقدير ثبوته فهو محمول على السياسة بدليل أنه قال في الخامسة فان عاد فاقتلوه فسياق كلامه يفيد ان قتله سياسة قبل الخامسة لا يجوز لكن رأيت بخط الحموي عن السراجية ما نصه اذا سرق ثالثا ورابعا للإمام أن يقتله سياسة لسعيه في الارض بالفساد اهـ قال فما يقع من حكام زماننا من قتله أول مرة زاعمين ان ذلك سياسة جور وظلم وجهل والسياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلظ كذا في حاشية أبي

كمن سرق وابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه

السعود على مسكين قلت لا يخفى أنهم حيث أجابوا بالحمل على السياسة لزم ان يقولوا بذلك في الثالثة والرابعة والا فلا يراد باق ثم رأيته في غاية البيان قال ولئن ثبت فذلك محمول على السياسة عند الشافعي أيضا فكذا يحمل القطع في الثالثة والرابعة تأمل (قوله يعني لا يقطع في هذه المسائل الخ) أي لا تقطع يده اليمنى كما نص عليه في غاية البيان خلافا لما يوهمه كلام العيني حيث قال لا تقطع رجله اليسرى فانه يوهم أن اليد اليمنى تقطع في هذه المسائل مع أنه لا يقطع منه شيء أما اليد اليسرى والرجل اليمنى فلانهما ليسا محلا للقطع عندنا وأما ما سواهما فلتفويت المنفعة اما بطشا أو مشيا كما ذكرنا (قوله والدية في الخطأ) أي الخطأ في الفعل لا الاجتهاد (قوله ولم يذكر المصنف ان هذا القطع وقع حدا أولا الخ) في الزيلعي ما يفيد ان الخلاف في الخطأ حيث قال ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السارق

لان القطع والضمان لا يجتمعان وعلى طريقة عدم وقوعه حدا فهو ضامن في العمد والخطأ (قوله وطلب المسروق منه شرط القطع) أي وطلبه المال فلا قطع بدونه لان الخصومة شرط لظهورها أطلقه فشمل ما اذا أقر أو أقيمت عليه البينة لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الاداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة وبما ذكرناه ظهر ان ما في التبيين معزيا الى البدائع من انه اذا أقر انه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه فانما هو رواية عن أبي يوسف وليست هذه عبارة البدائع فان عبارته قال أبو حنيفة ومحمد الدعوى في الاقرار شرط حتى لو أقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى في الاقرار ليست بشرط الى آخره وفي البدائع أيضا قال محمد لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدرى لمن هي أو قال سرقتها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى اه ولم يعين يعني المصنف مطلوب المسروق منه فاحتمل شيئين أحدهما طلب المال وبه جزم الشارح ثانيهما طلب القطع وأشار الشمني الى انه لا بد من الطلبين وان أحدهما لا يكفي لكن ذكر في الكشف الكبير قبيل بحث الامر ان وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص ولهذا لم يتقيد بالمثل وما يجب حقا للعبد يتقيد به مالا كان أو عقوبة كالغصب والقصاص ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد واثباته ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه اه فقد صرح بانه لا يملك طلب القطع الا أن يقال انه لا يملك طلب القطع مجردا عن طلب المال والظاهر ان الشرط انما هو طلب المال ويشترط حضرته عند القطع لا طلبه القطع اذ هو حق الله تعالى فلا يتوقف على طلب العبد (قوله ولو مودعا أو غاصبا أو صاحب الربا) أي ولو كان المسروق منه والاصل فيه ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك أن يخاصم السارق اذا سرق منه وكذا المودع بفتح الدال والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن ومتولي المسجد والاب والوصي فتعتبر خصومتهم في ثبوت ولاية الاسترداد وفي حق القطع وأراد بصاحب الربا أن يبيع عشرة بعشرين وقبض العشرين فسرق منه العشرون فيقطع السارق بخصومته عندنا لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذ الشراء فاسد بمنزلته واما العاقد الآخر من عاقدي الربا فانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة ذكره الشمني وفي فتاوى قاضيخان من اللقطة رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها في يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل بخلاف الوديعة فان في الوديعة يكون للمودع ان يأخذها من الثاني لان في اللقطة الثاني كالاول في ولاية أخذ اللقطة وليس الثاني كالاول في ولاية اثبات اليد على الوديعة اه فينبغي أن لا يقطع بطلب الملتقط كما لا يخفى (قوله ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أي من هؤلاء الثلاثة لان الخصومة انما شرطت ليعلم ان

عند أبي حنيفة لانه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما بل أولى وفي الخطأ كذلك على الطريقة التي اعتبر فيها أن القاطع لا يجب عليه الضمان لانه أتلف وأخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة التي اعتبر فيها أن القاطع اجتهد وأخطأ فلا يجب الضمان اذ القطع والضمان لا يجتمعان (قوله فينبغي أن لا يقطع بطلب الملتقط) فيه نظر لان عدم مخاصمة الملتقط الاول للثاني انما هو لزوال يد الاول باثبات يد مثل يده كما أشار اليه قول الخانية ان الثاني كالاول في ولاية أخذ اللقطة ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنه لا يد للاول قبل ضياعها منه اذ لا شك أن يده يد امانة حتى لا يتمكن أحد من أخذها منه ولو

وطلب المسروق منه شرط القطع ولو مودعا أو غاصبا أو صاحب الربا ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم

وصف أحد علامتها ولم يصدقه الملتقط لا يجبر على دفعها اليه ولو دفعها الى أحد له أن يستردها منه فهذا يدل على ان له يدا صحيحة فله مخاصمة من سرقها منه (قوله أي من هؤلاء الثلاثة) هذا مخالف لما قدمه عن الشمني اتفاقا من أنه لا خصومة لمعطي الربا ثم رأيت في النهر ما نصه واعلم أن ظاهر كلامه أي المصنف يفيد أنه يقطع بخصومة معطي الربا دون صاحب الربا لان المال في يده بمنزلة المغصوب كما مر قال في الفتح المسروق للمغصوب منه الخصومة الا أن المسطور في السراج أنه لا يقطع بخصومة صاحب الربا لانه لا ملك له فيه ولا يد وتبعه الشمني ولم أر من نبه عليه فتدبره اه أقول قد صرح في الاشباه عن القنية ان الربا لا يملك فيجب عليه رد عينه ما دام قائما حتى لو أبرأه صاحبه لا يبرأ منه لان رد عينه القائمة حق الشرع وعلى هذا فلصاحبه اثنا قائم فيه ولا ... بل لانه اذا قبضه ... صاحبه صار كالمودع

المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك ولم يذكر المصنف الراهن والمرتهن
للاختلاف فروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقطع بطلب الراهن فى غيبة المرتهن بل لا بد من حضرته
وصرح فى الجامع الصغير بانه يقطع فى غيبته لانه هو المالك وكذا الخلاف لو حضر المغصوب منه
وغاب الغاصب (قوله لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع) يعنى لو قطع سارق
بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا للمالك العين المسروقة أن يقطع السارق الثانى لان المال غير متقوم
فى حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسها ولا للاول ولاية الخصومة
فى الاسترداد لحاجته اذ الرد واجب عليه قيد بقوله بعد القطع لانه لو سرق الثانى قبل أن يقطع الاول
أو بعد مادرئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار
كالغاصب كذا فى الهداية وأطلق الكرخى والطحاوى عدم قطع السارق من السارق لان يده
ليست يد أمانة ولا ملك فكان ضائعا ولا قطع فى أخذ مال ضائع قلنا بقى أن يكون يد غصب
والسارق منه يقطع فالحق مافى الهداية من التفصيل واختاره فى فتح القدير فى مسئلة ولاية
الاسترداد ان الوجه انه اذا ظهر هذا الحال القاضى لا يرده الى الاول ولا الى الثانى اذا رده لظهور
خيانة كل منهما بل يرده من يد الثانى الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ أموال
الغيب (قوله ومن سرق شيأ ورده قبل الخصومة الى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو ادعى انه
ملكه أو نقصت قيمته عن النصاب لم يقطع) بيان لاربع مسائل لا قطع فيها الاولى لو سرق شيأ ورده
قبل الخصومة الى مالكه فلا قطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة
ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة قيد بالرد بما قبل الخصومة أى قبل المرافعة الى
القاضى لانه لو رده بعد المرافعة الى القاضى قطع لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا
كذا فى الهداية وهو شامل لما اذا رده بعد القضاء بالقطع وما اذا رده بعد ماشهد الشهود ولم
يقض القاضى استحسانا لان السرقة قد ظهرت عند القاضى بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة
كذا فى التبيين فالمراد بالخصومة الدعوى والشهادة أو الاقرار فلو ادعى ولم يثبت ثم رده ينبغى أن
لا قطع لعدم ظهورها عند القاضى فهى رباعية لان الرد اما أن يكون بعد الترافع الى القاضى قبل
الدعوى أو بعدها قبل الثبوت أو بعدهما قبل القضاء أو بعد الثلاثة فلا قطع فى الاولين
ويقطع فى الآخرين وأطلق فى الرد فشمل الرد حقيقة والرد حكما كما اذا رده الى أصوله وان علا كوالده
وجده ووالدته وجدته سواء كانوا فى عيال المالك أولا لان لهم ولاية شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد
بخلاف ما اذا رده الى عيال أصوله فانه يقطع لانه شبهة الشبهة وهى غير معتبرة ومن الرد الحكمى
الرد الى فرعه وكل ذى رحم محرم منه بشرط أن يكون فى عياله والا فليس برد ومنه الرد الى مكاتبه
وعبده ومنه الرد الى مولاه لو كان مكاتبا لان ماله له رقبة ومنه اذا سرق من العيال ورد الى من يعولهم
لان يده عليهم فوق أيديهم فى ماله الثانية لو ملكه بعد القضاء بالقطع فلان الامضاء من القضاء
فى هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر
عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء
أطلقه فشمل البيع والهبة لكن يشترط القبض فيها ليحصل الملك كما فى الهداية الثالثة لو ادعى
السارق ان المسروق ملكه بعدما ثبتت السرقة عليه بالبينة أو بالاقرار فلا قطع سواء أقام بينة أو لم
يقم لان الشبهة دارئة للحد فتتحقق بمجرد الدعوى بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار الرابعة اذا سرق

لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع ومن سرق شيأ ورده قبل الخصومة الى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو ادعى انه ملكه أو نقصت قيمته عن النصاب لم يقطع

لا كالغاصب فينبغى أن تثبت الخصومة لكل منهما وهو المفهوم من المتن حيث قال ولو مودعا أو غاصبا أو صاحب ربا فان التعبير بلو يدل على ان المالك كذلك بالاولى وصرح به الماتن بعده بقوله ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم فهذا يعارض قول السراج والشمنى فتدبر (قوله وللاول ولاية الخصومة فى الاسترداد) هذه احدى الروايتين والرواية ليس له وسيأتى بحث الفتح (قوله لكن بشرط القبض فيها الخ) أى اذا كان ورد المسرق الى المالك

ولو أقر بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ولو سرقا وغاب أحدهما وشهدا على سرقتهما قطع الآخر ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة الى المسروق منه ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائمة

شيأ قيمته نصاب ثم نقصت قيمته بعد القضاء لم يقطع لان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا أطلقه فشمل ما اذا تغير السعر في بلد أو بلدين حتى اذا سرق ما قيمته نصاب في بلد وأخذ في بلد آخر القيمة فيه أنقص لم يقطع كما في شرح الطحاوي وقيد بنقصان القيمة لان العين لو نقصت فانه يقطع لانه مضمون عليه فيكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا (قوله ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) أي السارقان المقران لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة قد ثبتت باقرارهما على الشركة أطلقه فشمل ما اذا كان قبل القضاء أو بعده وقيد باقرارهما لانه لو أقرانه سرق هو وفلان كذا فانكر فلان فانه يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه بقوله قلت أنا وفلان وزنيت أنا وفلان اقتصر على المقروان أنكر فلان وقوله قال أحدهما هو مالي تمثيل والا فالمراد ان أحدهما اذا ادعى شبهة أي شبهة كانت فانه يسقط القطع عنهما كما في شرح الطحاوي (قوله ولو سرقا وغاب أحدهما وشهدا على سرقتهما قطع الآخر) أي الحاضر لان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة لانه شبهة الشبهة وبيانه ان الغائب لو حضر وادعى كان شبهة للحاضر واحتمال دعوى الغائب شبهة الشبهة فلا تعتبر (قوله ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة الى المسروق منه) لان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص صحيح من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير فقطع العبد واذا صح الاقرار بالقطع صح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع فقط حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه أطلق العبد فشمل المأذون والمحجور عليه وخالف محمد في المحجور فقال لا يقطع وخالفه أبو يوسف واتفقا على ان المال للمولى وأطلق في القطع فشمل ما اذا صدقه المولى وكذبه والخلاف فيه فقط وأطلق في السرقة فشمل القائمة والمستهلكة وأشار بالرد المقيد لبقائها الى انها لو كانت مستهلكة فلا ضمان ويقطع اتفاقا وأشار بالقطع الى ان العبد كبير اذ لا قطع الا على مكلف فاذا أقر عبد صغير بسرقة فلا قطع غير انه اذا كان مأذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولا بعد العتق كذا في فتح القدير وقيد بالاقرار ليفيد ان السرقة لو ثبتت عليه بالبينة فانه يقطع بالاولى ويرد المال الى المسروق منه كما في الذخيرة لكن يشترط حضرة المولى عند اقامة البينة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ليست بشرط وأما حضرته عند الاقرار بالحدود فليست بشرط اتفاقا كذا في شرح الطحاوي (قوله ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائمة) لقوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي أولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه أطلقه فشمل ما اذا هلكت العين أو استهلكها وهو ظاهر الرواية وسواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده كما في المجتبى وفرق في رواية الحسن بين الهلاك والاستهلاك لان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون

والا فهو في يده وقال في الشرنبلالية لقائل ان يقول لا يشترط القبض لان الهبة تقطع الخصومة لانه ما كان يهب ليخاصم فليتأمل اه وقد يقال يحتمل عوده اليها والكلام فيما يمنع القطع لانه اذا لم يخاصم لا يقطع وان لم يهب لاشتراط حضوره عند القطع كما مر تأمل (قوله اقتصر على المقروان أنكر فلان) كذا في النسخ بالواو في وان وهو غير ظاهر بل الظاهر حذفها وعبارة منح الغفار ذا أنكر فلان

غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورة سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة وفي التبيين عن محمد ان السارق يفتى باداء القيمة وان لم يقض به كقطع الطريق والباغي يفتيان باداء الضمان والاموال والادية في النفوس وفي الكافي هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبله فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا وان قال أنا أختار القطع يقطع ولا يضمن اه لانه في الاولى تضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وأطلق في قيام العين فشمل ما اذا كان السارق لم يتصرف فيها أو باعها أو وهبها فانها تؤخذ من المشتري والموهوب له بلا خلاف لبقائها على ملك مالكها وفي الايضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لانه على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به وفي المجتبى لو قطع السارق ثم استهلك السرقة غيره لم يضمن لاحد وكذا لو هلك في يد المشتري منه أو الموهوب له ولو استهلكه فالمالك تضمينه اه (قوله ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيأ) يعني عند الامام وقالا يضمن كلها الا التي قطع فيها لان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لهم فبقيت أموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي اما الوجوب بالجناية واذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان العين كلها لواحد وسرقها منه مرارا فخاصم في البعض ولذا أطلق المصنف فشمل ما اذا كان الكل لواحد كما شمل ما اذا كان لمتعدد وحضر الكل وقطع بالبعض أو حضر البعض فقط (قوله ولو شق ما سرقه في الدار ثم أخرجه قطع) كما اذا سرق ثوبا فشقه نصفين ثم أخرجه وعن أبي يوسف عدمه لشبهة الملك فان الخرق الفاحش يوجب القيمة فيملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما يثبت الملك ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ونفسه لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع وضع لافادة الملك أطلق الشق فشمل ما اذا كان فاحشا أو يسيرا لكن لا خلاف في القطع اذا كان يسيرا لعدم وجوب الضمان وترك الثوب عليه وانما يضمن النقصان مع القطع وكذا اذا كان الخرق فاحشا وصحح الخبازي عدم وجوب الضمان لانه لا يجتمع مع القطع ورجح في فتح القدير الضمان تبعا لقاضيخان وقال انه الحق لوجوب الضمان بالخرق قبل الاخراج واختلفوا في الفرق بين الفاحش واليسير والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير الا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط ويرد على المصنف رحمه الله شيآن أحدهما ان القطع مقيد بما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه فلا قطع اتفاقا لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ وقد يجاب بان هذا الاختيار مسقط للقطع بعد وجوبه فصار كما اذا وهبه العين بل أولى لاستناده واقتصار الهبة وكلام المصنف في الوجوب ثانيهما ان الشق لو كان اتلافا فله تضمين القيمة من غير خيار ويملك السارق

ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيأ ولو شق ما سرقه في الدار ثم أخرجه قطع

(قوله وكذا لو هلك في يد المشتري منه الخ) قال في التتارخانية ولو أودعه عند غيره فهلك في يد الاصل فنبه ان كل موضع لو ضمنه صاحب المال كان له ان يرجع على السارق فليس له ان يضمنه وفي كل موضع ٧١ لو ضمنه لا يرجع على السارق فله ان يضمنه والذي يرجع عليه المودع والمستأجر والمرتهن (قوله ولو استهلكه فالمالك تضمينه) أي لو استهلكه المشتري أو الموهوب له وفيه ان مقتضى ما قبله عدم التضمين ثم رأيت في النهر قال بعد نقله عبارة المجتبى فيحتاج الى الفرق بين الاجنبي والمشتري وفي السراج لو استهلكها غيره بعد القطع كان للمسروق منه ان يضمن المستهلك قيمته اه وهذا بالقواعد أليق وعليه فلا يحتاج الى الفرق اه ولكن عبارة السراج ليست صريحة في التسوية بل ظاهرها ذلك وفي التاتارخانية عن المنتقى قطع السارق والعين قائمة في يده وقد غيبه ثم استهلكه رجل آخر فلا ضمان على المستهلك وفيها عن المحيط وان كان المشتري أو الموهوب له فللمالك ان يضمنه ثم يرجع المشتري على السارق بالثمن لا بالقيمة وفيها عن شرح الطحاوي ولو قطع ثم استهلكه غيره كان للمسروق منه ان يضمنه قيمته (قوله وعلى هذا اذا كان العين كلها لواحد) كذا في بعض النسخ وفي بعضها النصب بدل العين وهي الصواب لعدم جريان القول بضمان العين مرادا على قولهما الا أن يحمل على العين المتعددة (قوله ونفسه لا يورث شبهة) الضمير في نفسه يعود الى الشق

الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص أكثر من نصف القيمة فلو قال المصنف قطع مالم يكن اتلافا لكان أولى ولا بد ان تكون قيمة الثوب نصابا بعد الشق (قوله ولو سرق شاة فذبحها فأخرجها لا) أى لا قطع عليه لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه أطلقه فشمل ما اذا ساوت نصابا بعد الذبح وقيد بعدم القطع لانه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها) أى لو صنع السارق وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها وأصله فى الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب القطع لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه وأشار الى انه لو صنع المسروق من النقد آنية كان كذلك بالاولى وقيد بالنقد لانه فى الحديد والرصاص والصفران جعله أوانى فان كان يباع عددا فهو للسارق بالاجماع وان كان يباع وزنا فهو على الاختلاف بينهم فى الذهب والفضة كذا فى شرح المختار وذكر الاسبيجابى انه لو سرق حنطة فطحنها تكون للسارق بعد القطع (قوله ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن) بيان لثلاثة أحكام الاول وجوب القطع لان قطع السارق باعتبار سرقة الثوب الابيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما والمملوك للسارق انما هو المصبوغ فصار كما اذا سرق حنطة فطحنها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق الثانى عدم رده الى المسروق منه وهو قولهما وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبار الغصب والجامع كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك فى الثوب قائم صورة لا معنى ألا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك وهو الحكم الثالث الذى أفاده بقوله ولا يضمن أى لا يرده حال قيامه ولا يضمنه حال استهلاكه بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه ورجحنا جانب المالك لما ذكرنا قيد بكونه صبغه قبل القطع بدليل فاء التعقيب لانه لو صبغه بعد القطع يرده لان الشركة بعد القطع لا تسقط القطع كذا فى شرح المختار وذكر فى الهداية الصبغ بعد القطع فانه قال وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن اه وهو مفيد لانه لو صبغه قبل القطع فالحكم كذلك بالاولى وكلام محمد دليل عليه أيضا فانه قال سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر لم يؤخذ منه الثوب (قوله ولو اسود يرد) أى لو صبغه السارق أسود يرده على المالك يعنى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هذا والاول سواء لان السواد عنده زيادة كالحمرة وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة لكنه لا يقطع حق المالك لما مر وعند أبى حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد فى زمنه ويلبسونه فى زمنهما وفى شرح الطحاوى لو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف فى الصبغ الاحمر والله أعلم

﴿باب قطع الطريق﴾

بيان للسرقة الكبرى واطلاق السرقة عليه مجاز ولذا لزم التقييد بالكبرى قالوا ان الشرائط المختصة بها ثلاثة فى ظاهر الرواية الاول ان يكون من قوم لهم قوة وشوكة أو واحد كذلك الثانى ان لا يكون فى مصر أو ما هو بمنزلته كما بين المصرين أو القريتين الثالث ان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر وعن أبى يوسف اعتبار الشرط الاول فقط فيتحقق فى المصر ليلا وعليه الفتوى اصلحه

ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن ولو اسود يرده

﴿باب قطع الطريق﴾

على ما يفهم من الفتح (قوله وكلام محمد يدل عليه) أى على أنه لو صبغه قبل القطع لم يرده تأمل لكن قال الزيلعى بعد نقله عبارة الهداية ولفظ محمد سرق الثوب الخ دليل على أنه لا فرق بين ان يصبغه قبل القطع أو بعده اه وتبعه فى النهر وهو المتبادر من كلام المؤلف لكن قول محمد وقد صبغه جملة حالية فمن أين يفيد كون الصبغ بعد القطع تأمل على ان ما عزاه الى الهداية ليس عبارتها فان عبارة الهداية هكذا فان سرق ثوبا فصبغه أحمر ثم قطع الخ

﴿باب قطع الطريق﴾

الناس اه (قوله أخذ قاصدا قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان أخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفا الولى وان قتل وأخذ قطع وقتل أو صلب أو قتل وصلب) بيان لاحوال قاطع الطريق فبين انها أربع الاولى لو أمسك بعدما قصد قطع الطريق ولم يقطعها على أحد وحكمه الحبس حتى يتوب وهو المراد بقوله تعالى أو ينفوا من الارض فالنفى بمعنى الحبس لانه نفى عن وجه الارض وقد عهد عقوبة فى الشرع ولم يذكر المصنف التعزير وفى الهداية ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الاخافة اه وأطلق فى أخذه فشمل ما اذا كان باذن الامام أولا ولم يبينوا بماذا يتحقق قصده لظهور انه يحصل بوقوفه على الطريق لاخافة المارين وأما قطع الطريق حقيقة فبالقتل أو أخذ المال وان يكون بالاخافة فقط فالضمير فى قوله قبله عائد الى قطع الطريق لا كما قال الشارح انها ترجع الى غير مذكور وكلامه مبنى على ان مجرد الاخافة قطع وليس كذلك والتوبة وان كانت متعلقة بالقلب لكن لحصولها امارات ظاهرة فصح ان تكون غاية للحبس الثانية ان يؤخذ بعدما أخذ المال ولم يقتل النفس وحكمه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى بشرطين أحدهما ان يكون ذلك المال معصوما وهو ان يكون لمسلم أو ذمى فخرج مال الحربى المستأمن الثانى ان يكون نصابا ولم يصرح به للاكتفاء بذكره فى السرقة الصغرى فلا قطع على من أصابه أقل من نصاب وهو المراد بقوله تعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف بناء على ان الاجزية متوزعة على الاحوال كما علم فى الاصول ولما كانت جنايته أفحش من السرقة الصغرى كانت عقوبته أغلظ وانما كان من خلاف لئلا تفوت جنس المنفعة ولذا لو كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو رجله اليمنى كذلك لا يقطع الثالثة ان يؤخذ بعد ما قتل نفسا معصومة ولم يأخذ مالا وحكمه ان الامام يقتله حدا لله تعالى لا قصاصا حتى لو عفا الاولياء لا يلتفت الى عفوهم وأشار بكونه حدا الى انه لا يشترط فى القتل ان يكون موجبا للقصاص من مباشرة الكل والآلة لانه وجب فى مقابلة الجناية على حق الله تعالى بمحاربته ولذا قال فى المجتبى ويقتل الكل فى الحالة الثالثة حدا القاتل والمعين فيه سواء وانما الشرط القتل من أحدهم وسواء قتلهم بسيف أو حجر أو عصا أو غيرهما ويصير كالجماعة قتلوا واحدا به قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أصحاب أبى بردة اه الرابعة ان يؤخذ وقد قتل النفس وأخذ المال فذكر المصنف ان الامام مخير بين ثلاثة أشياء اما ان يجمع بين الثلاثة قطع اليد والرجل من خلاف والقتل والصلب واما ان يقتصر على القتل واما ان يقتصر على الصلب وهكذا فى الهداية ومنع محمد القطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهى بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا فى الكبرى حدا واحدا وان كان فى الصغرى حدين والتداخل فى الحدود لا فى حد واحد ثم ذكر فى الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه (قوله ويصلب حيا ثلاثة أيام ويبعج بطنه برمح حتى

أخذ قاصدا قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان أخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفا الولى وان قتل وأخذ قطع وقتل أو صلب أو قتل وصلب ويصلب حيا ثلاثة أيام ويبعج بطنه برمح حتى

(قوله وانه يكون بالاضافة) كذا فى النسخ ولعل الصواب لا يكون كما يدل عليه ما بعده (قوله لا كما قال الشارح انها ترجع الى غير مذكور) أى الهاء فى قوله قبله والمراد بغير المذكور أخذ المال وقتل النفس وما مشى عليه المؤلف تبع فيه العينى حيث ذكر ان ما فى الشرح تعسف بل الضمير راجع الى قطع الطريق ودفعه فى النهر بان الاخافة حال من أحوال قطاع الطريق كما هو ظاهر الآية والمتن وعلى ما ادعاه العينى لا تكون الاخافة منه أصلا قال ولم يتنبه فى البحر الى هذا فمشى مع العينى وعين الشارح البحر اه وأجاب فى حواشى مسكين عن العينى بان الاخافة لما لم تكن مقصودة وانما المقصود قتل النفس وأخذ المال صح جعل الضمير راجعا الى قطع الطريق نظرا الى ما هو المقصود منه وفى قول المصنف قاصدا قطع الطريق اشارة اليه اذ مجرد الاخافة ليس من مقصوده (قوله فذكر المصنف ان الامام مخير بين الثلاثة) قال فى الحواشى السعدية فيه ان التخيير ينافى ما قد ذكره آنفا ان المراد التوزيع على الاحوال فليتأمل فى التوفيق

(قوله ولو قال ولم يضمن مافعل لكان أولى) أجاب في النهر بانه لما بين ان قتله بمقابلة قتل النفس المعصومة و جرحها ربما توهم أخذ المال من تركته اذ لم يقابل ٧٤ بشيء فبين أنه لا يضمنه قال وبهذا يندفع ما في البحر (قوله وفيه نظر الخ) قال المقدسي يراد بالاولياء ما يشمل المجروح فهو ولي نفسه ان كان أهلا والا فوليه الاب أو الوصي ونحوه اه (قوله ينبغي ان يجب الحد) أي و يصير كالو قتل فقط

يموت ولم يضمن ما أخذ وغير المباشر كالمباشر والعصا والحجر كالسيف وان أخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح وان جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا

يموت) تشهيراله واستعجالا اونه ومعنى يبعج يشق كذا في المغرب والصلب حيا ظاهر المذهب كما في المجتبى وهو الاصح وعند الطحاوي انه يقتل ثم يصلب وقيد بالثلاثة لانه لا يصلب أكثر منها توقيا عن تأذي الناس فاذا تم له ثلاثة من وقت موته يخلى بينه و بين أهله ليدفنوه وعن أبي يوسف انه يترك على الخشبة حتى يتقطع فيسقط (قوله ولم يضمن ما أخذ) يعني بعد ما أقيم عليه الحد كما في السرقة الصغرى ولو قال ولم يضمن ما فعل لكان أولى لانه لا يضمن ما قتل وما جرح لذلك المعنى (قوله وغير المباشر كالمباشر) يعني في الاخذ والقتل حتى تجري الاحكام على الكل بمباشرة البعض لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا زالت أقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق (قوله والعصا والحجر كالسيف) لانه تقع قطعا للطريق بقطع المارة (قوله وان أخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح) بيان للحالة الخامسة لهم وهي ان يأخذ المال ويجرح انسانا فيقطع يده ورجله من خلاف ولا يجب شيء لاجل الجرح لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (قوله وان جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا) بيان للمسائل التي لا حد فيها وهي ست مسائل الاولى لو جرح ولم يقتل ولم يأخذ مالا فلانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد فيقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء كذا في الهداية وفيه نظر لان ذلك للمجروح لا لوليه فان أفضى الجرح الى القتل ينبغي ان يجب الحد ولما كان أخذ المال الموجب للحد هنا هو النصاب كان أخذ ما دونه بمنزلة العدم فاذا أخذ ما دون النصاب وجرح فهو داخل تحت قوله وان جرح فقط وكذا اذا أخذ مالا يقطع فيه كالاشياء التي يتسارع اليها الفساد قال الشارح ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد أيضا وهي طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة فجوابه ان قصدهم المال غالبا فينظر اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا على القتل لانه تبين ان مقصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه من الغرائب وأمر بحفظها في الفوائد الظهيرية وعدها من أعجب المسائل من حيث ان ازدياد الجناية أورث الخفة الثانية لو قتل فتاب قبل الاخذ لا حد لان هذه الجناية لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص أو لان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو و يجب الضمان اذا هلك في يده أو استهلكه كذا في الهداية وانما قيد بالمختص بالقتل ليعلم حكم أخذ المال بالاولى وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل يسقط اشار اليه محمد في الاصل الثالثة والرابعة لو كان بعض القطاع غير مكلف كالصبي والمجنون أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه فان القطع يسقط عن الكل لانها جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة و به

وهي الحالة الثالثة (قوله فجوابه أن قصدهم الخ) قال المقدسي بعد ذكره لهذا أقول ويفهم من ظاهر كلامهم أنهم اذا كان قصدهم القتل لم يكونوا قطاع طريق مع أن الحكم أنهم يحدون بالقتل وحده واذا فرض ان ما أخذه من المال قليل أو تافه صار كالمعدوم فكأنهم قتلوا فقط فينبغي أن يحدوا والجواب أن القتل اذا انفرد ورد الشرع فيه بالحد فعلمنا أن الشرع جعل قتلهم لا سببا للمال حكما واذا كان معه أخذ مال نظر اليه لانه المقصود فان كان قليلا منع الحد وان كان كثيرا لم يمنع اه (قوله حتى يستوفي الولي القصاص) قال في الفتح وحينئذ لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند أبي حنيفة

لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد أطلق في ذي الرحم المحرم فشمل ما اذا لم يكن مشتركا بين المقطوع عليهم وهو الاصح لان الجناية واحدة فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا وان شاؤا قتلوه وان شاؤا عفوا وأشار بذي الرحم المحرم الى انه لو كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم وفي المبسوط تابوا وفيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة الخامسة لو قطع بعض القافلة على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال ان أخذه وهو قائم في يده وضمانه ان هلك أو استهلك السادسة لو قطع الطريق بمصر ليلا أو نهارا أو بين مصرين فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس أن يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وقدمنا المفتى به اه (قوله ومن خنق في المصر غير مرة قتل به) أي مرارا كذا في شرح مسكين لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والخنق عصر الحلق قيد بتعدده لانه لو خنق مرة واحدة فلا قتل عند الامام وانما تجب الدية على العاقلة وهي نظير مسئلة القتل بالمثقل وصرح الشارح بأن القتل عند التكرار انما هو بطريق السياسة ومنها ما حكى عن الفقيه أبي بكر الاعمش ان المدعى عليه السرقة اذا أنكر فللامام ان يعمل فيه بأكبر رأيه فان غلب على ظنه انه سارق وان المال المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه الامام جالسا مع الفساق في مجلس الشراب وكما لو رآه يمشي مع السراق وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس كما اذا دخل عليه رجل شاهر سيفه وغلب على ظنه انه يقتله وحكى عن عصام بن يوسف انه دخل على أمير بلخ فاتي بسارق فانكر السرقة فقال الامير لعصام ماذا يجب عليه فقال على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير هاتوا بالسوط فما ضرب عشرة حتى أقر وأحضر السرقة فقال عصام ما رأيت جورا أشبه بالعدل من هذا اه وفي التجنيس رجل ادعى على آخر سرقة كان على المدعي البينة وعلى السارق اليمين والضرب خلاف الشرع فلا يفتى به لان فتوى المفتي يجب ان يطابق الشرع لص هو معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجته غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله أن يأخذه وللامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس للزجر لتوبته مشروع رجل استقبله اللصوص ومعه مال لا يساوي عشرة حل له ان يقاتلهم لقوله عليه السلام قاتل دون مالك واسم المال يقع على القليل والكثير اللص اذا دخل دار رجل وأخذ المتاع وأخرجه فله ان يقتله ما دام المتاع معه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك فان رمى به ليس له ان يقتله لانه لا يتناوله الحديث اه وفي الذخيرة رجل ادعى على رجل سرقة وقدمه الى السلطان وطلب من السلطان أن يضربه فضربه السلطان مرة أو مرتين ثم أعيد الى السجن من غير ان يعذبه فخاف المحبوس من التعذيب والضرب فصعد السطح ليفر فسقط من السطح ومات وقد لحقه غرامة في هذه الحادثة وقد ظهرت السرقة على يدي رجل آخر كان للورثة أن يأخذوا صاحب السرقة بدية أبيهم وبالغرامة التي أداها الى السلطان لان الكل حصل بتسببه وهو متعد

ومن خنق في المصر غير مرة قتل به

(قوله أي مرارا) قال أبو السعود في حواشي مسكين أراد مرتين فصاعدا والقرينة على هذه الارادة ما سيأتي من قوله لانه لو خنق مرة واحدة حتى قتله فالدية على عاقلته حيث اقتصر على قوله مرة واحدة

في هذا التسبب هكذا ذكر في مجموع النوازل قيل هذا الجواب مستقيم في حق الغرامة أصله مسئلة السعاية غير مستقيم في حق الدية لانه صعد السطح باختياره وقيل هو مستقيم في حق الدية أيضا لانه مكره على الصعود للفرار من حيث المعنى لانه انما قصد الفرار خوفا على نفسه من التعذيب اه ولم أر في كلام مشايخنا تعريف السياسة قال المقريزي في الخطط يقال ساس الامر سياسة بمعنى قام به وهو سائس من قولهم ساسه وسوسه القوم جعلوه يسوسهم والسوس الطبع والخلق يقال الفصاحة من سوسه والكرم من سوسه أي من طبعه فهذا أصل وضع السياسة في اللغة ثم رسمت بأنها القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الاحوال والسياسة نوعان سياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر فهي من الشريعة علمها من علمها وجهلها من جهلها وقد صنف الناس في السياسة الشرعية كتبا متعددة والنوع الآخر سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها الى آخر ما ذكره من النصف الثاني عند ذكر جيوش الدولة التركية والله تعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

مناسبته للحدود من حيث ان المقصود منهما اخلاء العالم عن الفساد فكان كل منهما حسنا لمعنى في غيره وقدمها عليه لانها معاملة مع المسلمين والجهاد معاملة مع الكفار وهذا الكتاب يعبر عنه بالسير والجهاد والمغازي فالسير جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته الا انها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج وقالوا السير الكبير فوصفوها بصفة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب كقولهم صلاة الظهر وسير الكبير خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير والجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال غزوا وهي الغزوة والغزاة والمغزاة وسبب الجهاد عندنا كونهم حربا علينا وعند الشافعي هو كفرهم كذا في النهاية (قوله الجهاد فرض كفاية ابتداء) مفيد لثلاثة أحكام الاول كونه فرضا ودليله الاوامر القطعية كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوا المشركين كافة وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر وتعقب بانها عمومات مخصوصة والمخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض وأجيب بان خروج الصبي والمجنون منها بالعقل لا يصيره ظنيا وأما غيرهما فنفس النص ابتداء لم يتعلق به لانه مقيد بمن بحيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة الآية فلم تدخل المرأة وأما الاحاديث الواردة فيه فظنية لا تفيد الافتراض وقول صاحب الايضاح اذا تأيد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما وأما قوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهو من مضى في الارض مضاء نفذ الثاني كونه على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام والادلة المذكورة وان كانت تفيد فرض العين لكن قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون الى قوله وكلا وعد الله الحسنى وعد القاعدين الحسنى فلو كان فرض عين لاستحقوا الاثم وقد صح خروجه عليه السلام في بعض الغزوات وقعوده في البعض وقد ظن بعض المشايخ من جواز القعود اذا لم يكن النفير عاما انه تطوع في هذه الحالة وأكثرهم على انه فرض

﴿كتاب السير﴾

الجهاد فرض كفاية ابتداء

(قوله ولم أر في كلام مشايخنا تعريف السياسة) ذكر المؤلف في باب حد الزنا قبيل قول المتن والمريض يرجم ولا يجلد ما نصه وظاهر كلامهم هنا أن السياسة هي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وان لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي اه

﴿كتاب السير﴾

(قوله وفيه نظر لان المرأة الخ) قال بعض الفضلاء انت خبير بان كلام المحقق صريح في ان الوجوب عليها باعتبار ايجاب الله تعالى لا بامر الزوج وأمر الزوج انما هو الاذن وقلت الحجر اهـ وقال بعضهم ينبغي ان يقيد الوجوب في المرأة على ما فيه بما اذا كان لها محرم يذهب معها للجهاد يدل على ذلك اشتراط المحرم لها في الحج وهو فرض عين اهـ واشار بقوله على ما فيه الى ما في الهداية في فصل قسمة الغنيمة حيث علل عدم الرضخ للمرأة والصبي بعجزهما عن الجهاد ثم قال ولهذا ٧٧ اي لعجزهما عن الجهاد لم يلحقهما فرضه أي فرض الجهاد ثم علل عدم الرضخ للعبد بانه لا يمكنه المولى من الجهاد وان له منعه قال أبو السعود ومقتضى النهر والظاهر ان التي لا زوج لها يفترض عليها كفاية ليس بظاهر اهـ قلت وبه صرح في القهستاني حيث قال فيمن لا يجب عليه وامرأة حرة سواء كان لها زوج أولا لان المرأة من قرنها الى قدمها عورة وفي الجهاد قد ينكشف شئ من ذلك لا محالة كما في المحيط فلا يختص بالمزوجة كما ظن اهـ فالحاصل ان ما في الفتح مسلم في العبد وأما المرأة فلا وجوب عليها قبل النفير العام مطلقا كما هو صريح النقل (قوله وهو يفيد أن له ان يخرج الخ) قال في النهر وأقول علل في الخانية ما اذا كانت بغير أمره بانه لا حق للكفيل على المديون وهذا يقتضي أنه لا يسافر الا باذن الكفيل بالنفس لان له عليه حقا بتسليم نفسه اليه اذا طالب منه وقد يذهب الى مكان بعيد فاذا طالب منه وهو عاجز به يلزمه السفر اليه فيحصل له الضرر وقد صرحوا بان للكفيل بالنفس منعه من السفر قال في منية المفتي ضمن عن رجل مالا بامره او بنفسه واراد الخصم أن يسافر فمنعه الكفيل قال محمد ان كان ضمانه الى أجل فلا سبيل له عليه وان لم يكن الى أجل فله ان يمنعه حتى يخلصه منه اما باداء المال أو براءته منه وفي كفالة النفس برد النفس اهـ

فان أقام به البعض سقط عن الكل والا أثموا بتركه ولا يجب على صبي وامرأة وعبد وأعمى ومقعد وأقطع

كفاية فيها وليس بتطوع أصلا كما في الذخيرة وهو الصحيح كما في التتارخانية هذا وفضله عظيم كما نطقت به الاحاديث النبوية وفي الخانية الحراسة بالليل عند الحاجة اليها أفضل من صلاة الليل وفي فتح القدير ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة واختلف في محله فانه لا يتحقق في كل مكان والمختار أن يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام وجزم به في التجنيس الثالث اقتراضه وان لم يبدؤنا للعمومات وأما قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فمنسوخ كما في العناية أطلقه فأفاد انه لا يتقيد بزمان وتحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ بالعمومات (قوله فان قام به قوم سقط عن الكل والا أثموا بتركه) بيان لحكم فرض الكفاية وفي الولوالجية ولا ينبغي ان يخلو ثغر من ثغور المسلمين ممن يقاوم الاعداء فان ضعف أهل الثغر من المقاومة وخيف عليهم فعلى من وراءهم من المسلمين ان يعينوهم بأنفسهم والسلاح والكراع ليكون الجهاد قائما والدعاء الى الاسلام دائما (قوله ولا يجب على صبي وامرأة وعبد وأعمى ومقعد وأقطع) لان الصبي غير مكلف وكذا المجنون والعبد والمرأة مشغولان بحق الزوج والمولى وحقهما مقدم على فرض الكفاية والاعمى ونحوه عاجزون وقد قال تعالى ليس على الاعمى حرج أطلق في المرأة والعبد وقيده في فتح القدير بعدم الاذن اما لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يكون فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والغرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام اهـ وفيه نظر لان المرأة لا يجب عليها طاعة الزوج في كل ما يأمر به انما ذلك فيما يرجع الى النكاح وتوابعه خصوصا اذا كان في أمره اضرار بها فانها تأثم على تقدير فرض الكفاية وترك الناس كلهم الجهاد نعم هو في العبد ظاهر لعموم وجوب الطاعة عليه وفي الذخيرة ويجوز للاب أن يأذن للصبي المراهق اذا طاق القتال بالخروج له وان كان يخاف عليه القتل لان قصده تهذيبه لا اتلافه فهو كتعليمه السباحة وختنه وقيده ركن الاسلام السغدي بان لا يخاف عليه نحو ان يرمى بالحجر فوق الحصن أو بالنشاب أما اذا كان يخاف عليه بان كان يخرج للبراز فليس له ان يأذن له في القتال اهـ وأشار بالمرأة والعبد الى ان المديون لا يخرج الى الجهاد ما لم يقض دينه فان لم يكن عنده وفاء لا يخرج الا باذن الغريم لانه تعلق به حق الغريم فان كان للمال كفيل كفل باذنه لا يخرج الا باذنهما وان كفل بغير اذنه لا يخرج الا باذن الطالب خاصة كذا في التجنيس وهو يفيد ان له ان يأذن له أن يخرج بغير اذن الكفيل بالنفس لانه لا ضرر على الكفيل اذا تعذر

احضاره عليه وفى الذخيرة ان أذن له الدائن ولم يبرئه فالمستحب له الاقامة لقضاء الدين لان الاولى ان يبدأ بما هو الاوجب فان غزا فلا بأس وهذا اذا كان الدين حالا فان كان مؤجلا وهو يعلم بطريق الظاهر انه يرجع قبل ان يحل الاجل فالافضل الاقامة لقضاء الدين فان خرج بغير اذن لم يكن به بأس لعدم توجه المطالبة بقضائه اه والى انه لا يخرج الى الجهاد الا باذن الوالدين فان أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ينبغى له ان يخرج وهما فى سعة من أن يمنعاه اذا دخل عليهما مشقة لان مراعاة حقهما فرض عين والجهاد فرض كفاية فكان مراعاة فرض العين أولى فان لم يكن له أبوان وله جدان أو جدتان فاذن له أب الاب وأم الام ولم يأذن له الآخران فلا بأس بالخروج لان أب الاب قائم مقام الاب وأم الام قائمة مقام الام فكانا بمنزلة الابوين وأما سفر التجارة والحج فلا بأس بان يخرج بغير اذن والديه لانه ليس فيه خوف هلاكه حتى لو كان السفر فى البحر لا يخرج بغير اذنهما ثم انما يخرج بغير اذنهما للتجارة اذا كانا مستغنيين عن خدمته اما اذا كانا محتاجين فلا كذا فى التجنيس وتعبيره فى فتح القدير بالحرمة تسامح وانما الثابت الكراهة وفى البزازية دلت العلة على الحاق الخروج الى العلم بالحج والتجارة ولان الخروج الى التجارة لما جاز لان يجوز للعلم أولى اه وهذا كله اذا كان أبواه مسلمين وأما اذا كانا كافرين أو أحدهما فكرها خروجه الى الجهاد أو كره الكافر ذلك فعليه أن يتحرى فان وقع تحريه على أن الكراهة لما يلحقهما من التفجيع والمشقة لاجل الخوف عليه من القتل لا يخرج وان كان لاجل كراهة قتال الكفار يخرج فان شك ينبغى أن لا يخرج كذا فى الذخيرة وفيها أن من سوى الاصول اذا كرهوا خروجه للجهاد فان كان يخاف عليهم الضياع فانه لا يخرج بغير اذنهم والا يخرج وكذا امرأته اه وفى التتارخانية وان كان عند الرجل ودائع وأربابها غيب فان أوصى الى رجل ان يدفع الودائع الى اربابها كان له ان يخرج الى الجهاد والعالم الذى ليس فى البلدة أحد أفقه منه ليس له أن يغزو لما يدخل عليهم من الضياع (قوله وفرض عين ان هجم العدو فتخرج المرأة والعبد بلا اذن زوجها وسيده) لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل فرض عين فلا يظهر ملك اليمين ورق النكاح فى حقه كما فى الصلاة والصوم بخلاف ما قبل ذلك لان بغيرهما مقنعا ولا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج وأفاد خروج الولد بغير اذن والديه بالاولى وكذا الغريم يخرج اذا صار فرض عين بغير اذن دائنه وان الزوج والمولى اذا منعا اثما كذا فى الذخيرة ولا بد من قيد آخر وهو الاستطاعة فى كونه فرض عين فخرج المريض المدنف اما الذى يقدر على الخروج دون الدفع ينبغى أن يخرج لتكثير السواد لان فيه ارهابا كذا فى فتح القدير والهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير استئذان كذا فى المغرب والمراد هجومه على بلدة معينة من بلاد المسلمين فيجب على جميع أهل تلك البلدة وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية أو تكاسلوا وعصوا وهكذا الى أن يجب على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا كتجهيز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدتهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الابعدون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف ما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على كل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه كذا فى فتح القدير وفى الذخيرة اذا دخل المشركون أرضا فاخذوا الاموال وسبوا الذرارى والنساء فعلم المسلمون بذلك وكان لهم عليهم قوة كان عليهم أن يتبعوهم حتى يستنقذوهم

وفرض عين ان هجم العدو فتخرج المرأة والعبد بلا اذن زوجها وسيده

(قوله وتعبيره فى فتح القدير بالحرمة تسامح) حيث قال وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد وأحد الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه مع أن فى خصوصه أحاديث الخ قلت لا يخفى ان هذا التعليل يفيد حرمة الخروج بلا اذنهما وقول التجنيس المار فكان مراعاة فرض العين أولى لا ينافى ذلك لان المراد بالاولى هنا الارجح فى التقديم فحيث كان فرض عين يكون خلافه حراما

من أيديهم ماداموا في دار الاسلام فاذا دخلوا أرض الحرب فكذلك في حق النساء والذراري ما لم يبلغوا حصونهم وجدرهم ويسعهم أن لا يتبعوهم في حق المال وذراري أهل الذمة وأموالهم في ذلك بمنزلة ذراري المسلمين وأموالهم اه وفي البزازية امرأة مسلمة سبيت بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الاسر ما لم تدخل دار الحرب لان دار الاسلام كمكان واحد اه ومقتضى ما في الذخيرة أنه يجب تخليصها ما لم تدخل حصونهم وجدرهم وفي الذخيرة ويستوي أن يكون المستنفر عدلا أو فاسقا يقبل خبره في ذلك لانه خبر يشتهر بين المسلمين في الحال وكذلك الجواب في منادي السلطان يقبل خبره عدلا كان أو فاسقا اه (قوله وكره الجعل ان وجد فيء والالا) أي ان لم يوجد فلا كراهة لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وان دعت الضرورة فلا بأس أن يقوي المسلمون بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده انه عليه السلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والجعل بضم الجيم ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله والمراد به هنا ان يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد والفيء المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما المأخوذ بقتال فانه يسمى غنيمة كذا في فتح القدير وظاهره انه اذا لم يكن في بيت المال فيء وكان فيه غيره من بقية الانواع فانه لا يكره الجعل ولا يخفى ما فيه فانه لا ضرورة لجواز الاستقراض من بقية الانواع ولذا لم يذكر الفيء في الذخيرة والولوالجية انما ذكر مال بيت المال وهو الحق وفي الذخيرة ثم من كان قادرا على الجهاد بنفسه وماله فعليه أن يجاهد بنفسه وماله قال الله تعالى وجاهدوا في الله حق جهاده وحق الجهاد ان يجاهد بنفسه وماله ولا ينبغي له في هذه الحالة ان يأخذ من غيره جعلا ومن عجز عن الخروج وله مال ينبغي ان يبعث غيره عن نفسه بماله ومن قدر بنفسه ولا مال له فان كان في بيت المال مال يعطيه الامام كفايته من بيت المال فان أعطاه كفايته لا ينبغي ان يأخذ من غيره جعلا والا فله أن يأخذ الجعل من غيره قال ركن الاسلام علي السغدي اذا قال القاعد للشاخص خذ هذا المال فاغز به فانه ليس باستئجار على الجهاد فاما اذا قال خذه لتغزو به عني فهذا استئجار على الجهاد فلا يجوز وينبغي أن تكون مسئلة الحج على هذا التفصيل واذا دفع الرجل الى غيره جعلا ليغزو به عنه هل له ان يصرفه في غير الغزو فهو على وجهين ان قال له أغز بهذا المال عني فليس له صرفه في غيره كقضاء دينه ونفقة أهله كمن دفع الى آخر مالا وقال حج به عني وان قال اغز به فله صرفه الى غيره كمن دفع مالا وقال حج به لانه ملكه المال وأشار اليه اشارة فله أن لا يأخذ باشارته كقوله هذه الدار لك فاسكنها وهذا الثوب لك فالبسه كان له أن لا يسكنها ولا يلبسه وفي شرح السير ان للمدفوع اليه ان يترك بعض الجعل لنفقة عياله على كل حال لانه لا يتهيأ له الخروج الا بهذا فكان من اعمال الجهاد معنى وتفرع على الوجهين ما اذا عرض له عارض من مرض أو غيره فاراد أن يدفع الى غيره أقل مما أخذ ليغزو به فان كان مراده امساك الفضل لرب المال فلا بأس به وان كان مراده الامساك لنفسه ففي الوجه الاول لا يملك ذلك لانه ما ملكه بل أباح له الانفاق على نفسه في الغزو وفي الثاني يملكه لان له ان لا يغزو أصلا كذا في الذخيرة مختصرا وفي الظهيرية وينبغي أن تكون ألوية المسلمين بيضاء والرايات سوداء واللواء للامام والرايات للقواد وينبغي أن يتخذ لكل قوم شعارا حتى اذا ضل رجل عن رايته نادى بشعاره وليس ذلك بواجب والشعار العلامة والخيار الى امام المسلمين الا أنه ينبغي له أن يختار

وكره الجعل ان وجد فيء والالا

(قوله فليس له صرفه في غير الغزو) ظاهره صحة هذا العقد بقوله اغز به عني مع أنه استئجار وقدمر أنه لا يجوز تأمل

كله دالة على ظفرهم بالعدو بطريق التفول و يكره للغزاة اتخاذ الاجراس في دار الحرب لانه يدل لهم على المسلمين أما في بلاد الاسلام فلا بأس به ولا بأس بهذه الطبول التي تضرب في الحرب لاجتماع الناس واستعدادهم للقتال لانها ليست بطبول لهو و ينبغي أن يكون أمير الجيش بصيرا بأمر الحرب حسن التدبير لذلك ليس ممن يقتحم بهم المهالك ولا ممن يمنعهم عن الفرصة و ينبغي للامام أن يستقبل الصفوف و يطوف عليهم يحضهم على القتال و يبشرهم بالفتح ان صدقوا وصبروا كذا في الظهيرية مختصرا (قوله فان حاصرناهم ندعوهم الى الاسلام) أي ضيقنا بالكفار واحطنا بهم يقال حاصره العدو محاصرة وحصارا اذا ضيقوا عليه وأحاطوا به فطلب منهم الدخول في دين الاسلام لما روى الامام أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما قط الا دعاهم وفي الصحيح أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله ولم يذكر المصنف ما يصير به الكافر مسلما وهو نوعان قول وفعل والكفار أقسام قسم يجحدون البارى جل وعلا واسلامهم اقرارهم بوجوده وقسم يقرون به ولكن ينكرون وحدانيته واسلامهم اقرارهم بوحدانيته وقسم أقروا بوحدانيته وجحدوا رسالة محمد صلى الله عليه وسلم واسلامهم اقرارهم برسالته صلى الله عليه وسلم فالاصل ان كل من أقر بخلاف ما كان معلوما من اعتقاده أنه يحكم باسلامه وهذا في غير الكتابي أما اليهودي والنصراني فكان اسلامهم في زمنه عليه السلام بالشهادتين لانهم كانوا ينكرون رسالة النبي عليه الصلاة والسلام وأما اليوم ببلاد العراق فلا يحكم باسلامه بهما ما لم يقل تبرأت عن ديني ودخلت في دين الاسلام لانهم يقولون أنه أرسل الى العرب والعجم لا الى بني اسرائيل كذا صرح به محمد رحمه الله وانما شرط مع التبري اقرارهم بالدخول في الاسلام لانه قد يتبرأ من اليهودية و يدخل في النصرانية أو في المجوسية ولو قيل لنصراني أمحمد رسول الله حق فقال نعم لا يصير مسلما وهو الصحيح ولو قال رسول الى العرب والعجم لا يصير مسلما الا انه يمكنه أن يقول هو رسول الى العرب والعجم الا أنه لم يبعث بعد فان قيل يجب أن لا يحكم باسلام اليهودي والنصراني وان أقر برسالة محمد عليه السلام وتبرأ عن دينه ودخل في دين الاسلام ما لم يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله و يقر بالبعث وبالقدر خيره وشره من الله تعالى لانها من شرائط الاسلام كما في حديث جبريل عليه السلام قلنا الاقرار بهذه الاشياء وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لانه لما أقر بدخوله في الاسلام فقد التزم جميع ما كان شرط صحته ولو قال الكتابي أنا مسلم أو أسلمت لا يحكم باسلامه لانهم يدعون ذلك لانفسهم وكذا لو قال أنا على دين الحنيفية ولو قال الذمي لمسلم أنا مسلم مثلك يصير مسلما كذا في الذخيرة والفتاوى والحاصل أن الكتابي اليوم اذا أتى بالشهادتين لا يحكم باسلامه وفي الفتاوى السراجية سئل اذا قال الذمي أنا مسلم أو ان فعلت كذا فانا مسلم ثم فعله أو تلفظ بالشهادتين لا غير هل يصير مسلما أجاب لا يحكم باسلامه في شئ من ذلك كذا أفتى علماؤنا والذي أفتي به اذا تلفظ بالشهادتين يحكم باسلامه وان لم يتبرأ عن دينه الذي كان عليه لان التلفظ بهما صار علامة على الاسلام فيحكم باسلامه واذا رجع الى ما كان عليه يقتل الا أن يعود الى الاسلام فيترك اه وهذا يجب المصير اليه في ديار مصر بالقاهرة

(قوله وهذا يجب المصير اليه الخ) رأيت للعلامة نوح افندي رسالة حافلة في الرد على المؤلف مشتملة على نقل عبارات علماء منهم الصريحة فيما ذكر من اشتراط التبري وأطال لسانه على المؤلف فيما قاله هنا تبعا لسراج الدين قارئ الهداية وأنت خبير بأن ما قاله المؤلف لم يخالف فيه النصوص لانه بناه على ان أهل الكتاب في مصر لا يقرون لنبينا صلى الله عليه وسلم بالرسالة بل ذلك في غير مصر أيضا وصار التلفظ بالشهادتين علما على الاسلام كما كان في زمنه صلى الله عليه وسلم ولذا يمتنعون منهما غاية الامتناع وأما ما نقله

فان حاصرناهم ندعوهم الى الاسلام

علماؤنا فهو مبني على ما كان في زمنهم وفي بلادهم وحاصله يرجع الى تغير العرف والزمان وليس فيه مخالفة لما قاله المتقدمون كما قالوا في أنت على حرام من أنه صار المراد به في الزمن المتأخر الطلاق وأفتى به المتأخرون بدون نية الطلاق على خلاف ما قاله المتقدمون وكم له من نظير بل ما قاله المتقدمون في هذه المسئلة بعينها بنوه على اختلاف العرف والزمان اذ لا شك أنه عليه الصلاة والسلام كان يكتفي من المشركين وأهل الكتاب بالتلفظ بالشهادتين فقط بل يقول القائل صبأت وانما اشترطوا التبري في زمانهم لان أهل الكتاب صاروا لانه يعتقدون أنه صلى الله عليه وسلم رسول الى العرب والعجم لا الى بني اسرائيل كما هو صريح قول محمد وأما اليوم ببلاد العراق الى آخر

مامر اول البحث فاذا كان أهل الكتاب اليوم ينكرون بعثته صلى الله عليه وسلم مطلقا فقد عاد الامر الى ما كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم فلا تجوز مخالفته ولا العدول عنه لانه خلاف ماورد به النصوص الصريحة الصحيحة بلا موجب للعدول عنه نعم ان علم من حال ذلك الكتابى أنه يخصص البعثة فلا بد من تبرئه من دينه الذى كان عليه واذا جهل حاله وقد أتى بالشهادتين ثم ارتد يسأل بان نبينا محمدا صلى الله عليه وسلم مبعوث الى العرب والعجم فان قال لا فقد علم أنه لا يخصص البعثة فيجبر على العود الى الاسلام وان قال نعم لكنه لم يبعث الى بنى اسرائيل علم ان ما أقر به من الشهادتين مبنى على اعتقاده

من انه رسول الله الى العرب والعجم فقط ولكن قد تقوم قرينة دالة على الحال وان كان مجهولا كما اذا أتى الى مسلم وقال له اعرض على الاسلام فلقنه الشهادتين وأتى بهما طائعا مختارا وكذا ما جرت به العادة فى زماننا من انه يذهب الى المحكمة و يسلم عند القاضى فهذا

فان أسلموا والا الى الجزية فان قبلوا فلهم مالنا وعليهم ماعلينا ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام

لاشك ولا ريب فى ان مراده الاقرار بعموم البعثة وفى انه لا يريد به التخصيص الذى يحتمل انه كان يعتقده فان هذا الاحتمال مع هذه القرينة الواضحة مضمحل غير معتبر وان لم يصرح بالتبرى والعدول عما ورد فى الادلة الصريحة بمجرد هذا الاحتمال نبذ للشريعة بالكلية فان الامام محمدا رحمه الله تعالى

لانه لا يسمع من أهل الكتاب فيها الشهادتان ولذا قيده محمد بالعراق وأما بالفعل فان صلى بالجماعة صار مسلما بخلاف ما اذا صلى وحده الا اذا قال الشهود صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأما اذا صام أو أدى الزكاة أو حج لم يحكم باسلامه فى ظاهر الرواية وعن محمد أنه اذا حج على الوجه الذى يفعله المسلمون يحكم باسلامه كذا فى الذخيرة وفى التتارخانية وان صلى خلف امام ثم أفسد لم يكن مسلما وكذا اذا قرأ القرآن أو صلى على محمد لم يكن مسلما أيضا وأما الاذان فان شهدوا أنه كان يؤذن ويقيم كان مسلما سواء كان الاذان فى السفر أو فى الحضر وان قالوا سمعناه يؤذن فى المسجد فليس بشئ حتى يقولوا هو مؤذن فاذا قالوا ذلك فهو مسلم لانهم اذا قالوا انه مؤذن كان ذلك عادة له فيكون مسلما كذا فى البزازية و ينبغى أن يكون ذلك فى حق الكتابى بناء على أنه لا يكون مسلما بمجرد الشهادتين (قوله فان أسلموا والا الى الجزية) أى وان لم يسلموا ندعوهم الى أداء الجزية للحديث المعروف وسيأتى التصريح من المصنف أن مشركى العرب والمرتدين لا تقبل منهم الجزية بل اما الاسلام أو السيف فلا يدعوا اليها ابتداء لعدم الفائدة فلا يرد على اطلاقه هنا وفى شرح الطحاوى اذا أسلموا نترك أموالهم ونجعل أراضيهم عشرية ونأمرهم بالتحول من دارهم الى دار الاسلام لان المقام للمسلم فى دار الحرب مكروه فان أبوا أخبرهم أنهم كأعراب المسلمين ليس لهم فى الفىء ولا فى الغنيمة ولا فى الخمس ولا فى بيت المال نصيب هذا اذا كان مكانهم بدار الحرب ليس متصلا بدار الاسلام فان كان متصلا لا يؤمرون بالتحول وفى التتارخانية وينبغى للامام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوبها و يعلمهم أنه انما يأخذها منهم فى كل سنة مرة وأن الغنى يؤخذ منه كذا ومن الفقير كذا ومن الوسط كذا اه (قوله فان قبلوا فلهم مالنا وعليهم ماعلينا) أى قبلوا اعطاء الجزية صاروا ذمة لنا قال على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وسيأتى فى البيوع استثناء عقدهم على الخمر والخنزير وان عقدهم على الخمر كعقدنا على العصير وعقدهم على الخنزير كعقدنا على الشاة وقدمنا أن الذمى مؤاخذ بالحدود والقصاص الا حد شرب الخمر وتقدم فى كتاب النكاح أنهم اذا اعتقدوا جوازه بغير مهر أو شهود أو فى عدة تركهم وما يدينون بخلاف الربا فانه مستثنى من عقودهم (قوله ولا نقاتل من لا تبلغه الدعوة الى الاسلام) أى لا يجوز القتال لقوله عليه السلام فى وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبى الذرارى فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان

لم يشترط التبرى الا لتيقنه وعلمه بحال أهل بلاده واعتقادهم تخصيص البعثة بغير بنى اسرائيل ولولا علمه ذلك منهم لم يسغ له ولا لمن بعده مخالفة ماوردت به الشريعة من الاكتفاء بالشهادتين فيجب ادارة الحكم على علته فى كل زمان ولذا قالوا لا يحل لاحد ان يفتى بقولنا حتى يعلم من أين قلنا فاغتنم هذا التحرير الفريد وما مشى عليه المؤلف هنا تبعا للقارئ الهداية ذكر العلائى فى شرحه على الملتقى فى الردة انه أفتى به صنع الله أفندى فى فتاويه وانه أفتى به ابن كمال باشا وانه ذكر فى شرح الملتقى لداماد أفندى انه المعمول به (قوله صاروا ذمة لنا) قال الرملى يدل على انه بمجرد القبول يصيرون ذمة من غير عقد ودعاؤنا

والصبيان أطلق الدعوة فشمل الحقيقية والحكمية والحقيقية باللسان والحكمية انتشار الدعوة شرقا وغربا بأنهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهورها مقامها وقد نص محمد عليه في السير الكبير فقال واذا لقي المسلمون المشركين فان كان المشركون قوما لم يبلغهم الاسلام لا حقيقة ولا حكما فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الاسلام وفي فتح القدير ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب أن المراد غلبة ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة وفي التتارخانية وان كانوا قوما قد بلغهم الاسلام الا أنهم لا يدرون أيقبل المسلمون الجزية أم لا فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الجزية اه (قوله وندعو ندبا من بلغته) أي الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي صلى الله عليه وسلم أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة وابنى بوزن حبلى موضع بالشام أطلق في الاستحباب وهو مقيد بان لا يتضمن ضررا بان يعلم أنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم كذا في فتح القدير (قوله والا فنستعين عليهم بالله تعالى بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وافساد زروعهم ورميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم) أي ان لم يقبلوا الجزية الى آخره أما الاستعانة فلانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الامور وأما نصب المجانيق فلانه عليه السلام نصبها على الطائف وأما التحريق ونحوه فلانه عليه السلام أحرق البويرة وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الغيظ والكبت بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا أطلق في الاشجار فشمل المثمرة وغيرها كما في البدائع وأطلق في جواز فعل هذه الاشياء وقيده في فتح القدير بما اذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر انهم مغلوبون وان الفتح باد كره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما أبيح الا لها وفي الظهيرية ولا يستحب رفع الصوت في الحرب من غير ان يكون ذلك مكروها من وجه الدين ولكنه فشل والفشل الجبن فان كان فيه منفعة وتحريض للمسلمين فلا بأس به وعن قيس بن عبادة قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون الصوت عند ثلاث الجنائز والقتال والذكر والمراد بالذكر الوعظ وقال الامام شمس الأئمة السرخسي ففي هذا الحديث بيان كراهة رفع الصوت عند سماع القرآن والوعظ فتبين به ان ما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة مكروه لا أصل له في الدين وتبين به انه يمنع المتقشفة وحمقا أهل التصوف مما يعتادونه من رفع الصوت وتمزيق الثياب عند السماع لان ذلك مكروه في الدين عند سماع القرآن والوعظ فما ظنك عند سماع الغناء ويندب للمجاهد في دار الحرب توفير الاظفار وان كان قصها من الفطرة لانه اذا سقط السلاح من يده ودنا منه العدو ربما يتمكن من دفعه باظافيره وهو نظير قص الشوارب فانه سنة ثم الغازي في دار الحرب مندوب الى توفيرها وتطويلها ليكون أهيب في عين من يبارزه والحاصل ان ما يعين المرء على الجهاد فهو مندوب اليه اكتسابه لما فيه من اعزاز المسلمين وقهر المشركين اه وأما جواز رميهم وان تترسوا ببعضنا فلان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل المسلم ضرر خاص ولانه قل ما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع عن اعتباره لانسد بابه أطلق في بعضنا فشمل الاسير والتاجر والصبيان لكن نقصد الكفار بالرمي دون المسلمين لانه ان تعذر التمييز فعلا فقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقترن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه

وندعو ندبا من بلغته والا فنستعين عليهم بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وافساد زروعهم ورميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم

قيل كاف ويدل أيضا على ان الامام ليس له الامتناع من اتخاذهم ذمة ويجب تقييده بما اذا لم يخف سوء عاقبة منه تأمل (قوله بخلاف حالة المخمصة) قال في الفتح واعلم ان المذهب عندنا في المضطر انه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان اه

لا يمتنع بشائبة الضمان لما فيه من احياء نفسه أما الجهاد فبنى على اتلاف النفس فيمتنع بحذار الضمان
وأما قوله عليه السلام ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهدر فمعناه ليس فى دار الاسلام وكلامنا فى
دار الحرب كذا فى العناية وقيد بالتترس عند المحاربة لان الامام اذا فتح بلدة ومعلوم ان فيها مسلما
أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمى ولو أخرج واحدا من عرض الناس
حل اذا قتل الباقى لجواز كون المخرج هو ذلك فصار فى كون المسلم فى الباقين شك بخلاف الحالة
الاولى فان كون المسلم أو الذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق كذا فى فتح القدير وفى الولوالجية
وغيرها فان كان المسلمون فى سفينة فاحترقت السفينة فان كان غلبة ظنهم انهم لو ألقوا أنفسهم فى البحر
تخلصوا بالسباحة يجب عليهم ان يطرحوا أنفسهم فى البحر ليتخلصوا من الهلاك القطعى وان استوى
الجانبان ان أقاموا احترقوا وان أوقعوا أنفسهم غرقوا فهم بالخيار عند أبى حنيفة وأبى يوسف
لاستواء الجانبين وقال محمد لا يجوز لهم ان يلقوا أنفسهم فى الماء لانه يكون اهلاكا بفعلهم اهـ
(قوله ونهينا عن اخراج مصحف وامرأة فى سرية يخاف عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع
والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل
الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو وما فى الكتاب هو الاصح
والاحوط خلافا لما ذكره الطحاوى من انه لا كراهة فى اخراج المصحف مطلقا أطلق المرأة فشمل
الشابة والعجوز للمداواة أو غيرها كذا فى الذخيرة وقيد بالسرية لانه لا كراهة فى الاخراج اذا كان
جيشا يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق وفى المغرب ولم يرد فى تحديد السرية
نص ومحصول ما ذكره محمد فى السير ان التسعة وما فوقها سرية وأما الاربعة والثلاثة ونحو ذلك
طليعة لا سرية اهـ وفى الخانية قال أبو حنيفة أقل السرية مائتان وأقل الجيش أربعمائة وقال
الحسن بن زياد أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف وفى المبسوط السرية عدد قليل
يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار اهـ وفى فتح القدير وينبغى كون العسكر العظيم اثنى عشر
ألفا لما روى انه عليه السلام قال لن تغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر ما روى فيه اهـ وظاهر
مفهوم المختصر ان فى الجيش لا يكره اخراج المرأة مطلقا وخصوه بالعجائز للطب والمداواة والسقى
ويكره اخراج الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر والاولى عدم
اخراجهن أصلا خوفا من الفتن ولا تباشر المرأة القتال الا عند الضرورة لانه يستدل به على ضعفهم
وأراد بالمصحف ما يجب تعظيمه ويحرم الاستخفاف به فيكره اخراج كتب الفقه والحديث فى سرية
كما فى فتح القدير وقيد بالاخراج فى السرية لانه اذا دخل رجل مسلم اليهم بامان لا بأس ان يحمل
معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض وفى الذخيرة قال محمد فى أهل
الثغور التى تلى أرض العدو لا بأس ان يتخذوا فيها النساء وان يكون لهم فيها الذرارى وان لم يكن
بين تلك الثغور وبين أرض العدو أرض المسلمين اذا كان الرجال يقدرون على الدفع عنهم والا فلا
ينبغى (قوله وغدر وغلول ومثلة) أى نهينا عنها لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا
وهذه الثلاثة محرمة كما فى فتح القدير والغدر الخيانة ونقض العهد والغلول السرقة من المغنم والمثلة
المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت
أمثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه وقطعت أنفه ونحوه ذكره فى الفائق وفى فتح القدير
وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع أنف رجل وأذنى رجل وفقأ عينى آخر

ونهينا عن اخراج مصحف
وامرأة فى سرية يخاف
عليها وغدر وغلول ومثلة

(قوله وقال محمد لا يجوز لهم ان يلقوا أنفسهم فى الماء) قال فى التاتارخانية هذا اذا لم تصب النار بدنهم أما اذا أصابت فانهم يلقون أنفسهم فى الماء لان فيه أدنى راحة (قوله وفى الخانية قال أبو حنيفة الخ) الظاهر ان نسخة الخانية التى وقعت لصاحب الفتح فيها سقط لانه قال وفى الخانية قال أبو حنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف مع ان هذا قول الحسن بن زياد ولذا قال فى الشرنبلالية الذى رأيته فى الخانية نصه قال أبو حنيفة أقل السرية مائة وأقل الجيش أربعمائة قال الحسن بن زياد أقل السرية مائة وأقل الجيش أربعة آلاف اهـ وقول ابن زياد من تلقاء نفسه عليه نص الشيخ أكمل الدين بعد ما قال وعن أبى حنيفة أقل السرية مائة اهـ قلت وما نقله

ان أقل الشرنبلالية بانه على قول الامام هو الذى رأيته فى نسختى الخانية أيضا وهو مخالف لما نقله المؤلف عنها وتبعه أخوه (قوله والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف) نظر فيه فى الشرنبلالية بانه لا ينزل عن مرتبة الشيخ القادر على الاحبال او الصياح اه ومثله يقال فى الاعمى والمقعد والمرأة وقد يجاب بانه يندفع ما يحذر منهم باخراجهم الى دارنا لما يأتى من ان من لا يقتل ينبغى حمله اذا كان بالمسلمين قوة لكن يبقى النظر حيث لم يمكن اخراجهم لكن سيأتى انهم يتركون فى أرض خربة حتى يموتوا جوعا حيث لم يمكن اخراجهم وقال فى النهر بعد ذكره الحديث الآتى قريبا فى النهر عما قتل النساء والصبيان وأراديهم الذين لا يقدرون على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين كذا فى التاتارخانية ثم نقل عن جامع الجوامع انه لا يقتل من فى بلوغه شك وهذا كما ترى يغاير الاول اه كلام النهر الاول مؤيد لكلام الشرنبلالية لكن أجاب السيد أبو السعود عما فى النهر بان المراد القدرة مع الفعل بان وجد من الصبى القتال أو الصياح فلا ينافيه عدم جواز قتل من فى بلوغه شك اذ هو محمول على ما اذا لم يوجد منه ذلك اه ويؤيده ما فى الخانية وأما الصبى والمعتوه ما داما يقاتلان أو يحرضان فلا بأس بقتلهما وبعد ما صارا فى أيدى المسلمين لا ينبغى ان يقتلوهما وان قتلوا غيروا حديده اه فتأمل (قوله قال هاه) قال فى الفتح هاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت

وقطع يدى آخر ورجلى آخر فلا شك فى انه يجب القصاص لكل واحد اداء لحقه لكن يجب ان يتأنى لكل قصاص بعد الذى قبله الى ان يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به أى مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر أثر النهى والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتال كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضربه ففقأ عينه فلم ينته فضربه فقطع يده وأنفه ونحو ذلك اه وفى الظهيرية ولا بأس بحمل الرؤس اذا كان فيه غيظ للمشركين أو افراغ قلب للمسلمين بان كان المقتول من قواد المشركين أو عظماء المبارزين ألا ترى ان عبد الله بن مسعود حمل رأس أبى جهل لعنه الله الى النبى صلى الله عليه وسلم يوم بدر حتى ألقاه بين يديه فقال هذا رأس عدوك أبى جهل لعنه الله فقال النبى صلى الله عليه وسلم الله أكبر هذا فرعونى وفرعون أمتى كان شره على وعلى أمتى أعظم من شر فرعون على موسى وأمته ولم ينكر عليه ذلك اه (قوله وقتل امرأة وغير مكلف وشيخ فان وأعمى ومقعد الا ان يكون أحدهم ذا رأى فى الحرب أو ملكا) أى نهينا عن قتل هؤلاء لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمين والمقطوع يده ورجله من خلاف والراهب الذى لم يقاتل وأهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الصبيان والنساء وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت وأما اذا كان لاحدهم رأى فى الحرب أو كان ملكا فقد يتعدى ضرره الى العباد ولذا يقتل من قاتل دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة وغير المكلف شامل للصبى والمجنون غير انهما يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من أهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان أمكن السبى وان كان يجن ويفيق فهو فى حالة افاقته كالصحيح وفى التتارخانية لا يقتل المعتوه وفى فتح القدير ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره فى الذخيرة وزاد الشيخ أبو بكر الرازى فى كتاب المرتد من شرح الطحاوى انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله اذا ارتد والذى لا نقتله الشيخ الفانى الذى خرف وزال عقله وخرج عن حدود العقلاء والمميزين فحينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال وأما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك بعد ان يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا اذا ارتدوا اه وفى الذخيرة ويقتل الاخرس والاصم والمقطوع اليسرى وفى التتارخانية ولا نقتل من فى بلوغه شك ولا بأس بنبش قبورهم طلبا للمال واذا كان بالمسلمين قوة على حمل من لا يقتل واخراجهم الى دار الاسلام لا ينبغى لهم ان يتركوا فى دار الحرب امرأة ولا صبيا ولا معتوها ولا أعمى ولا مقعدا ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى لان هؤلاء يولد لهم ففى تركهم عون على المسلمين وأما الشيخ الفانى الذى لا يلقح فان شاء أخرجه وان شاء تركه وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا ممن لا

يصيبون النساء وكذلك العجوز الذي لا يرجى ولدها فان شاء الامام أخرجهم وان شاء تركهم اه وفي البدائع ولو قتل من لا يحل له قتله ممن ذكرنا فلا شئ فيه من دية ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد (قوله وقتل أب مشرك) أي نهينا عن ابتداء أبيه بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه ولو قتله لا شئ عليه لعدم العاصم (قوله وليأب الابن ليقتله غيره) أي ليمتنع الابن من اطلاقه وقتله ليقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم فاذا أدركه في الصف يشغله بالمحاولة بأن يعرقب فرسه أو يطرحه من فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا ولو قال المصنف وقتل أصله المشرك لكان أولى لان هذا الحكم لا يخص الاب لان أمه وأجداده وجداته من قبل الاب والام كالاب فلا يبتدئهم بالقتل وخرج فرعه وان سفل فللاب أن يبتدئ بقتل ابنه الكافر لانه لا يجب عليه احياؤه وكذا أخوه وخاله وعمه المشركون ولذا لم يجب عليه الانفاق عليهم الا بشرط الاسلام وقيدنا بالابتداء لانه لو قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع ألا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس بقتله لما بينا فهذا أولى وقيد بالمشرك لان الباغي يكره ابتداء القريب بقتله سواء كان أبا أو أخا أو غيرهما لانه يجب عليه احياؤه بالانفاق عليه لاتحاد الدين فيكذا بترك القتل واما في الرجم اذا كان الابن أحد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة (قوله ونصالحهم ولو بمال لو خيرا) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به فاذا وقع الصلح أمنوا على أنفسهم وأموالهم وذراريهم وأمن من امنوه وصار في حكمهم كما في الولوالجية أراد بالصلح العهد على ترك الجهاد مدة معينة أي مدة كانت ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة في المروي لتعدي المعنى الى ما زاد عليها وقيد بالخير لانه لا يجوز بالاجماع اذا لم يكن فيه مصلحة وأطلق في قوله ولو بمال فشمل المال المدفوع منهم الينا وعكسه والاول ظاهر اذا كان بالمسلمين حاجة اليه لانه جهاد معنى ولانه اذا جاز بغير المال فبالمال أولى وان لم يكن اليهم حاجة به لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى والمأخوذ منهم يصرف مصارف الجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية الا اذا نزلوا بدارهم للحرب فحينئذ يكون غنيمة لكونه مأخوذا بالقهر والثاني لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية ولحوق المذلة الا اذا خاف على المسلمين لان دفع الهلاك بأي طريق أمكن واجب وذكر الولوالجي لو دخل الموادعون بلدة أخرى لا موادعة معهم فغزا المسلمون في تلك البلدة فهؤلاء آمنون لبقاء الامان ولو أسر من الموادعين أهل دار أخرى فاستولى عليه المسلمون كان فيأ لان حكم الموادعة بطل في حق الاسير اه وفي المحيط ولو وقع الصلح ثم سرق مسلم منهم شيأ لا يملكه وكذا ان أغار المسلمون عليهم وسبوا قوما منهم لم يسع المسلمين الشراء من ذلك السبي ويرد المبيع ومن دخل منهم دارنا بغير أمان لا نتعرض له لان الموادعة السابقة كافية في افادة الامان والعصمة اه وأطلق في المصالح ولم يقيده بالامام لان موادعة المسلم أهل الحرب جائزة كاعطائه الامان فان كان على مال ولم يعلم الامام ذلك فان مضت المدة أخذه وجعله في بيت المال وان علم بها قبل مضيها فان كان فيها خير أمضاها وأخذ المال والا أبطلها ورد المال ونبذ اليهم وان كان بعد مضي البعض رد كل المال

وقتل أب مشرك وليأب الابن ليقتله غيره ونصالحهم ولو بمال لو خيرا

(قوله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا) قال في الحواشي السعدية قد سبق في كتاب النفقة انه لا يجب الانفاق على الابوين الحربيين وان كانا مستأمنين وصرح به الشراح ان قوله وصاحبهما الآية مخصوص باهل الذمة دفعا للتعارض فتأمل في جوابه اه (قوله ولانه يجب عليه احياؤه) قال في الحواشي السعدية لا يرد عليه الابن فانه ليس كالاب

استحسانا بخلاف ما اذا وادعهم ثلاث سنين كل سنة بكذا وقبض المال كله ثم أراد الامام نقضها بعد مضى سنة فانه يرد الثلثين لتفريق العقود هنا بتفريق التسمية بخلاف الاول فان العقد واحد ولو وادع المسلمون أهل الحرب على أن يؤدوا كل سنة مائة رأس الينا وفيها خير فان كانت من أنفسهم وأهليهم وذراريهم لم يصح لان الكل دخلوا تحت الامان فلا يجوز استرقاقهم وتمليكهم وان صالحوا على مائة رأس باعيانهم أول سنة على أن يكون أولئك لهم ثم يعطوهم كل سنة مائة رأس من رقيقهم جاز لعدم دخولهم تحت الامان وتمامه فى المحيط ذكره الولوالجى وهذا كله اذا وقع الصلح على أن يكونوا مبقين على أحكام الكفر فان وقع الصلح على أن تجرى عليهم أحكام الاسلام فقد صاروا ذمة ولا يسع للمسلمين أن لا يقبلوا ذلك منهم لانهم لما قبلوا حكم الاسلام صاروا من جملة أهلها (قوله وننبذ لو خيرا) لانه عليه السلام نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وابقاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلابد من النبذ تحرزا عن الغدر ولابد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر فان كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا فى البلاد أو خربوا حصونهم بسبب الامان فحتى يعودوا كلهم الى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر وفى المغرب نبذ الشئ من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وفى النهاية والمراد هنا من قوله فلابد من النبذ اعلام نقض العهد وذكر الشارح ان النبذ يكون على الوجه الذى كان الامان فان كان منتشرا يجب ان يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بأن أمنهم واحد من المسلمين سرا يكتفى بنبذ ذلك الواحد كالحجر بعد الاذن وهذا اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبل مضى المدة وأما اذا مضت المدة فانه يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم ومن كان منهم فى دارنا فهو آمن حتى يبلغ مأمنه لانه فى يدنا بامان كذا ذكره الولوالجى (قوله ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه أطلق فى خيانة ملكهم فشمل ما اذا كان باتفاق الكل أو بفعل بعضهم باذنه حتى لو دخل جماعة منهم ذو منعة دار الاسلام باذنه وقاتلوا المسلمين كان نقضا وقيد بملكهم لانه لو دخل جماعة بغير اذنه لم ينتقض فى حق الكل وانما ينتقض فى حق الخائنين حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم وان لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد (قوله والمرتدين بلا مال وان أخذ لم يرد) أى نصالح المرتدين حتى ننظر فى أمورهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى اسلامهم ولا نأخذ عليه مالا لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم وان أخذ لم يرده لانه مال غير معصوم وأشار الى انه يجوز الصلح مع أهل البغى بالاولى ولا يؤخذ منهم شئ وصرح الشارح بأن أموالهم معصومة فظاهره انه اذا أخذ شئ لاجل الصلح يرد عليهم وفى فتح القدير ويرد عليهم بعدما وضعت الحرب أوزارها ولا يردها حال الحرب لانه اعانة لهم اهـ وأطلق فى جواز صلح المرتدين وهو مقيد بما اذا غلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولذا قيده الفقيه أبو الليث بما ذكرنا كذا فى الفتح (قوله ولم نبع سلاحا منهم) لان النبى عليه السلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وصرح الشارح بحرمته أراد من السلاح ما يكون سببا لتقويتهم على الحرب فدخل الكراع والحديد لانه أصل السلاح وهو ظاهر الرواية والكراع الخيل ودخل الرقيق لانهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا مسلما كان الرقيق أو كافرا وخرج الطعام

ونبذ لو خيرا ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم والمرتدين بلا مال وان أخذ لا يرد ولم نبع سلاحا منهم

(قوله لانه عليه السلام نبذ الموادعة الخ) كذا فى الهداية واعترضها فى الفتح بان الاليق ان يجعل دليلا لما يأتى من قوله ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم الخ لانه عليه السلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدؤا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم وهذا هو المذكور لجميع أهل السير والمغازى ومن تلقى القصة وذكروها

والقماش والقياس المنع الا أنا عرفناه بالنص لانه عليه السلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه وشمل كلامه ماقبل الموادعة ومابعدها لانها على شرف الانقضاء أو النقض قال الفقيه أبو الليث وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة للمعصية وانما يصير آلة لها بعدما يصير خمرا وأما هنا فالسلاح آلة للفتنة في الحال اه وفي كافي الحاكم فان كان الحربي جاء بسيف فاشترى مكانه قوسا أو رمحا أو فرسا لم يترك أن يخرج به مكان سيفه وكذا اذا استبدل بسيفه سيفا خيرا منه وان كان مثله أو شرا منه لم يمنع اه فما يمنع المسلم منه يمنع المستأمن منهم أن يدخل به دارهم وان خرج هو بشيء مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به الا اذا أسلم العبد (قوله ولا يقتل من أمنه حر أو حرة) لقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه اذ هو من أهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح وأجاز عليه السلام أمان أم هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكة كما رواه الشيخان وركنه صريح وكناية واشارة فالصريح كقوله أمنت أو وادعت أو لا تخافوا أمنا ولا تذهلوا لا بأس عليكم لكم عهد الله أو ذمته تعالوا فاسمعوا الكلام ويصح بأي لسان وان كانوا لا يعرفونه بعد ان عرفه المسلمون بشرط سماعهم له فلا أمان لو كان بالبعد منهم ومن الكنايات قول المسلم للمشرك تعال اذا ظن انه اذا ناداه للامان فهو آمن اذا كان ممتنعا وان كان في موضع ليس بممتنع وهو مادسيفه ورمحه فهو فيء ولو طلب الامان لاهله لا يكون هو آمنا بخلاف ما اذا طلب لذراريه فانه يدخل تحت الامان وفي دخول أولاد البنات روايتان ولو طلبه لاولاده دخل فيه أولاد الابناء دون أولاد البنات ولو طلبه لاخوته دخل الاخوات تبعا دون الاخوات المفردات وكذا لو طلبه لابنائه دخلت بناته كالآباء يدخل فيه الآباء والامهات ولا يدخل الاجداد لعدم صلاحيتهم للتبعية كذا في المحيط ولو طلبه لقرابته دخل الوالدان استحسانا وشرائطه العقل فلا يجوز أمان المجنون والصبي الذي لا يعقل والبلوغ فلا يصح أمان الصبي العاقل والاسلام فلا يصح أمان الذمي وان كان مقاتلا وأما الحرية فليست بشرط وكذا السلامة عن العمى والزمانة والمرض وأما حكمه فهو ثبوت الامن للكفرة عن القتل والسبي والاستغنام وأما اذا وجد في أيديهم مسلم أو ذمي أسير فانه يؤخذ منهم كما في

(قوله ولو طلب الامان لاهله الخ) في شرح السير الكبير للسرخسي وان قالوا للمسلمين أمنوا أهلينا فقالوا نعم أمناهم فهم فيء وأهلهم آمنون لانهم لم يذكروا أنفسهم بشيء لا صريحا ولا كناية ولا دلالة وان قالوا أمنونا على ذرارينا فامنوهم على ذلك فهم آمنون وأولادهم وأولاد أولادهم وان سفلوا من أولاد الرجال لان اسم الذرية يعم الكل فذرية المرء فرعه الذي هو متولد منه وهو أصل للذرية ألا ترى ان الناس كلهم من ذرية آدم ونوح عليهما السلام قال تعالى أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح الآية اه وظاهره ان الرجل يدخل في اسم الذرية دون اسم الاهل لكن المثال الذي ذكره بقوله وان قالوا أمنونا دخل فيه الطالبون لذكرهم أنفسهم بلفظ الكناية بخلاف مثال الاهل السابق فانه ليس فيه ذلك وقد قال السرخسي أيضا قبل ذلك واذا قالوا أمنونا على أهلينا ومتاعنا

ولا يقتل من أمنه حر أو حرة

على ان نفتح لكم ففعلوا وفتحوا لهم فالقوم آمنون وان لم يذكروا أنفسهم لان النون والالف في أمنونا كناية وكلمة على للشرط فتقدير كلامهم نحن آمنون مع أهلينا وأموالنا ان فتحنا لكم ثم قال بعد خمسة أبواب لو قال رئيس الحصن أمنوني على عشرة من أهل الحصن فقالوا لك ذلك فهو آمن وعشرة معه لانه استأمن لنفسه نصا بقوله أمنوني وقوله على عشرة للشرط وقد شرط أمان عشرة منكرة مع أمان نفسه فعرفنا ان العشرة سواه والخيار في تعيينهم له ولو قال أمنوا لي عشرة فله عشرة يختارهم فان اختار عشرة هو أحدهم جاز أو عشرة سواه فهو فيء وان قال أمنوني وعشرة فالامان له ولعشرة سواه والخيار في تعيينهم للامام وكذا أمنوني مع عشرة وان قال أمنوني في عشرة من أهل بيتي أو قال من بني أبي كان هو وتسعة سواه لانه من جملة أهل بيته وبني أبيه والبيان للامام ولو قال في عشرة من اخواني فهو آمن وعشرة سواه لان الانسان لا يكون من اخوانه فوجب ان يجعل حرف في بمعنى مع لتعذر العمل بحقيقة الظرف وكذا لو قال في عشرة من ولدي لانه لا يكون من ولد نفسه

التتارخانية وقال محمد واذا أمن رجل من المسلمين ناسا من المشركين فأغار عليهم قوم آخرون من المسلمين فقتلوا الرجال وسبوا النساء والاموال واقتسموا ذلك وولد لهم منهن أولاد ثم علموا بالامان فعلى الذين قتلوا دية من قتلوا وترد النساء والاموال الى أهلها وتغرم للنساء أصدقتهن لما أصابوا من فروجهن والاولاد أحرار مسلمون تبعا لآبائهم لكن انما ترد النساء بعد ثلاث حيض وفي زمان الاعتداد يوضعن على يدي عدل والعدل امرأة عجوز ثقة لا الرجل ويكون الاولاد أحرارا بغير قيمة كذا في التتارخانية اه وأما صفته فهو عقد غير لازم حتى لو رأى الامام المصلحة في نقضه نقضه كذا في البدائع (قوله وننبذ لو شرا) أي نقض الامام الامان لو كان بقاؤه شرا لان جوازه كان للمصلحة مع أنه يتضمن ترك القتال المفروض فاذا صارت المصلحة في نقضه نقض وعبارة المصنف شاملة لما اذا أعطى الامام الامان لمصلحة ثم رأى المصلحة في نقضه ولما اذا أمنهم مسلم بغير اذن الامام ولا مصلحة فيه فاقتصار الشارح على الثاني مما لا ينبغي واذا فعله الواحد ولا مصلحة فيه أدبه الامام لانفراده برأيه بخلاف ما اذا كان فيه مصلحة لانه ربما تفوت بالتأخير فيعذر وفي البدائع ان الامان على وجهين مطلق وموقت فالاول ينتقض بأمرين اما بنقض الامام وينبغي ان يخبرهم به ثم يقاتلهم خوفا من الغدر واما بمجيء أهل الحصن الى الامام بالامان ثم امتناعهم عن الاسلام وقبول الجزية فانه ينتقض لكن يردهم الى مأمنهم ثم يقاتلهم احترازا عن الغدر فان امتنعوا أن يلحقوا بمأمنهم أجلهم على ما يرى فان لم يرجعوا حتى مضى الاجل صاروا ذمة والثاني ينتهي بمضي الوقت من غير توقف على النقض ولهم ان يقاتلوهم الا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه (قوله وبطل أمان ذمي وأسير وتاجر وعبد محجور عن القتال) لان الذمي لا ولاية له على المسلمين وهو متهم والاسير والتاجر مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهم والامان يختص بمحل الخوف والعبد المحجور عن القتال لا يخافونه فلا يلاقي الامان محله بخلاف المأذون في القتال لان الخوف منه متحقق وصحح محمد أمانه قيد بكون الامان من الذمي لان الامير لو أمر الذمي بان يؤمنهم فامنهم فهو جائز والمسئلة على وجهين اما أن يقول له قل لهم ان فلانا أمنكم أو قال له أمنهم وكل على وجهين أما ان قال الذمي قد أمنتكم أو ان فلانا المسلم قد أمنكم ففي الثاني يصح أمانه في الوجهين وفي الاول ان قال لهم الذمي ان فلانا أمنكم صح وان قال أمنتكم فهو باطل وأراد بالاسير والتاجر المسلم الذي في دار الحرب فلو دخل مسلم دار الحرب وأمن جندا عظيما فخرجوا معه الى دار الاسلام وظفر بهم المسلمون فهم فيء بخلاف ما اذا خرج واحد منهم أو عشرون مع المسلم بامان فهو آمن لانه في الاول مقهور معهم دون الثاني وفي الذخيرة أراد بقوله لا يصح أمان الاسير لا يصح أمانه في حق باقي المسلمين حتى كان لهم أن يغيروا عليهم اما أمانه في حقه صحيح واذا صح أمانه في حق نفسه صار حكمه وحكم الداخل فيهم بأمان سواء فلا يأخذ شيأ من أموالهم بغير رضاهم وكذلك لا يأخذ ما كان للمسلمين وصار ملكا لهم بالاستيلاء والاحراز بدارهم وما كان للمسلمين ولم يصر ملكا لهم بالاستيلاء لا بأس بأن يأخذه ويخرجه الى دار الاسلام وكذا قال في الذخيرة ومعنى عدم صحة أمان العبد المحجور في حق باقي المسلمين اما أمان العبد المحجور في حق نفسه صحيح بلا خلاف والجواب في الامة كالجواب في العبد ان كانت تقاتل باذن المولى فامانها صحيح والا فلا اه وأطلق في أمان الذمي فشمل ما اذا أذنه الامام بالقتال بخلاف ما اذا أذنه الامام بالامان كما قدمنا وبخلاف العبد المأذون في القتال والفرق هو الصحيح وفي السراجية والفاسق يصح أمانه وفي الخانية من فصل اعتاق الحربي العبد

وننبذ لو شرا وبطل أمان ذمي وأسير وتاجر وعبد محجور عن القتال

(قوله كانت خدمته أمانا له) الظاهر ان المراد انه يكون أمانا له فى حق العبد نفسه لا فى حق باقى المسلمين كما لمنه بعض الفضلاء فاستشكله تأمل ﴿باب الغنائم وقسمتها﴾ (قوله وبه اندفع ما فى شروح الهداية) قال فى النهر عنوة أى قهرا كذا فى الهداية واتفق الشارحون على ان هذا ليس تفسيرا له لغة لانها من عنى يعنو عنوا اذل وخضع وهو لازم وقهر متعد قال فى الفتح وانما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال

المسلم اذا خدم مولاه الحربى فى دار الحرب كانت خدمته له أمانا له والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

الغنائم جمع غنيمة قال فى القاموس المغنم والغنيم والغنيمة والغنم بالضم الفئ وغنم بالكسر غنما بالضم وبالفتح وبالتحريك وغنيمة وغنمانا بالضم الفوز بالشئ بلا مشقة اه وفى المغرب الغنيمة ما نيل من أهل الشرك عن أبى عبيدة عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصة والفئ ما نيل منهم بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار اسلام وحكمه أن يكون لكافة المسلمين ولا يخمس اه (قوله ما فتح الامام عنوة قسم بيننا أو أقر أهلها ووضع الجزية والخراج) أى الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم والعنوة القهر كما فى القاموس وبه اندفع ما فى شروح الهداية والقسمة اتباع لفعله عليه السلام بخيبر وعدمها اتباع لفعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يجد من خالفه وفى كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثانى ولا يخفى ان القسمة بعد اخراج الخمس قيد بالاراضى لان فى المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفى العقار خلاف الشافعى لان فى المن ابطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا اما بالعوض القليل واما بالقتل والحجة عليه ما روينا ولان فيه نظرا لهم لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع انه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا وهو المن عليهم برقابهم وأراضيهم فقط وقسمة الباقى لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات قدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة (قوله وقتل الاسرى أو استرق أو تركهم احرارا ذمة لنا) يعنى ان الامام بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركى العرب والمرتدين فانهم لا يسترقون ولا يكونون ذمة على ما نبين ان شاء الله تعالى وليس له فيمن أسلم منهم الا الاسترقاق لان قتله أو وضع الجزية عليه بعد اسلامه لا يجوز وقيد بكون الخيار للامام لانه ليس لواحد من الغزاة ان يقتل أسيرا بنفسه لان الرأى فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين فى استرقاقه فليس له أن يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بان خاف القاتل شر الاسير كان له ان يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيأ كذا فى فتح القدير وفى القاموس الاسير الاخيذ والمقيد والمسجون والجمع أسرى وأسارى وأسرى (قوله وحرم ردهم الى

وهو غير المطرد الا فى ألفاظ اشتهرت واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبارات والوجه انه مجاز فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء مجاز استعماله فيه تعريفا اه وما قاله فى البحر

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾ ما فتح الامام عنوة قسم بيننا أو أقر أهلها ووضع الجزية والخراج وقتل الاسرى أو استرق أو تركهم احرارا ذمة لنا وحرم ردهم الى

لا يصلح دافعا الا اذا كان معنى له حقيقة لا مجازا وليس فى القاموس ما يعينه وهذا لان صاحب القاموس لا يميز بين الحقيقى والمجازى كما قال بعضهم بل يذكر المعانى جملة اه وكأنه أراد بالبعض ابن حجر المكى وقد قدمنا عبارته فى أول فصل التعزير قلت لكن

نقل فى باب العشر والخراج عن الفارابى انه من الاضداد يطلق على الطاعة والقهر ومثله ما فى المصباح حيث قال عنا يعنو عنوة اذا أخذ الشئ قهرا وكذا اذا أخذه صلحا فهو من الاضداد وفتحت مكة عنوة أى قهرا اه (قوله وهو المن عليهم برقابهم وأراضيهم فقط وقسمة الباقى) هكذا وجدت هذه الجملة فى بعض النسخ عقب قوله فقد جل مآلا وفى بعضها عقب قوله ليخرج عن حد الكراهة وهى الصواب

دار الحرب والفداء والمن) لان فى ردهم تقويتهم على المسلمين وفى الفداء بهم معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استخلاص الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع أسيرهم اليهم مضاف الينا فلا يجوز عند الامام أبى حنيفة وجوزا أن يفادى أسرى المسلمين تخليصا للمسلم وجوابه ما مر اطلق فى منع الفداء فشمل الشيخ الكبير الذى لا يرجى له نسل وعن محمد جوازه كما فى الولوالجية وشمل اطلاق الحربى وأخذ المسلم الاسير عوضا عنه واستنقاذه منا بمال نأخذه منه قال فى المغرب فداه من الاسر فداء وفدى استنقذه منه بمال والفدية اسم ذلك المال والمفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته وعن المبرد المفاداة أن تدفع رجلا وتأخذ رجلا والفداء أن تشتريه وقيل هما بمعنى اه وفى الثانى خلاف ففى المشهور من المذهب لا يجوز وفى السير الكبير لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسرى بدر ولو كان أسلم الاسير فى أيدينا لا يفادى بمسلم أسير فى أيديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه وأما المن فقال فى القاموس من عليه منا أنعم واصطنع عنده صنيعة اه واختلفت العبارات فى المراد به هنا ففى فتح القدير هو ان يطلقهم الى دار الحرب بغير شئ وفى غاية البيان والنهاية هو الانعام عليهم بأن يتركهم مجانا بدون اجراء الاحكام عليهم من القتل والاسترقاق أو تركهم ذمة للمسلمين اه ولا يصح الاول فى كلام المختصر لانه هو عين قوله وحرم ردهم الى دار الحرب وانما حرم لان بالاسر ثبت حق الغانمين فلا يجوز ابطال ذلك بغير عوض كسائر الاموال المغنومة وقيد بفداء الكفار لانه يجوز فداء أسرى المسلمين به الذين فى دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة للحرب كالثياب وغيرها ولا يفادون بالسلاح كذا فى غاية البيان وظاهر الولوالجية انه يجوز مفاداة أسرى المسلمين بالسلاح والكراع اتفاقا (قوله وعقر مواش شق اخراجها فتذبح وتحرق) أى وحرم عقر المواشى لانه مثلة فتذبح الآن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء ثم تحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه قال فى المحيط وأشار الى انه يحرق الاسلحة والامتعة اذا تعذر نقلها وما لا يحترق منها يدفن فى موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ثم قال فى المغرب عقره عقرا جرحه وعقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها والمواشى جمع ماشية وهى الابل والبقر والغنم وقيد بالمواشى احترازا عن النساء والصبيان التى يشق اخراجها فانها تترك فى أرض خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء يقع بهن النسل وأما الصبيان فانهم يبلغون فيصيرون حربا علينا كذا فى فتاوى الولوالجى وتعقبه فى فتح القدير بانه أقوى من القتل المنهى عنه فى قتل النساء والصبيان اللهم الا أن يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل فيتركوا ضرورة وهو مجيب منه لان الولوالجى صرح بأنه يفعل بالنساء والصبيان ذلك عند عدم امكان الاخراج لا مطلقا فلا اشكال أصلا والمسئلة مذكورة فى المحيط أيضا وذكر بعده ولهذا قال علماؤنا اذا وجد المسلمون حية أو عقربا فى دار الحرب فى رحالهم ينزعون ذنب العقرب وانياب الحية قطعا للضرر عن أنفسهم ولا يقتلونها لان فيه منفعة الكفار وقد أمرنا بضده اه وفى التتارخانية نساء من أهل الاسلام متن فى دار الحرب فيطأ أهل الحرب النساء الاموات قال يسعنا ان نحرقهن بالنار اه (قوله وقسمة غنيمة فى دارهم لا للايداع) اى حرم قسمة الغنائم فى دار الحرب لغير ايداع لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغنائم فى دار الحرب والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات

دار الحرب والفداء والمن
وعقر مواش شق
اخراجها فتذبح وتحرق
وقسمة غنيمة فى دارهم
لا الايداع

(قوله وفى الثانى خلاف) أى اشتراؤه بمال وسماه ثانيا نظرا الى ما فى عبارة المبرد (قوله ولا يصح الاول فى كلام المختصر الخ) قال فى النهر الظاهر ان مؤدى العبارتين واحد وذلك ان قوله بغير شئ أى بغير قتل ولا استرقاق ولا ذمة وان ردهم الى دارهم هو ارسالهم اليها وهذا كما ترى مغاير لاطلاقهم بغير شئ فتدبره ثم رأيته فى ايضاح الاصلاح قال المن ان يطلقهم مجانا سواء كان الاطلاق بعد اسلامهم أو قبله أشير الى ذلك فى التعليل المذكور فى الهداية يريد قوله ولانه بالاسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة ثم قال وقد علم من نفى المن والفداء نفى ردهم الى دارهم بطريق الدلالة فلا حاجة الى ذكره اه

وبيعها قبلها وشرك

اليد الحافظة والناقلة والثانى منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر او الاصل عندنا انه لا ملك قبل الاحراز بدار الاسلام فتحرم القسمة والبيع قبله ويشارك المدد العسكر قبله ولو من أهل الحرب اذا أسلموا بدارهم قبل الاستيلاء عليهم ولا يثبت نسب ولد أمة من السبي ادعاه بعض الغانمين قبله ويجب عقرها وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ولا يورث نصيب من مات قبله ولا ضمان على من أتلف شيأ من الغنيمة قبله كذا ذكره الشارح وغيره وظاهره ان جميع تلك الاحكام انما هى قبله اما بعده فالاحكام مختلفة وليس كذلك فانه لا ملك بعد الاحراز بدار الاسلام أيضا الا بالقسم بدار الاسلام فلا يثبت بالاحراز ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجرى فيه ما عرف فى عتق الشريك فحكم استيلاد الجارية بعد الاحراز قبل القسمة وقبله سواء نعم لو قسمت تلك الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها فانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية والعرافة شركة ملك لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة اما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق والقليل مائة أو أقل وقيل أربعون قال فى المبسوط والاولى أن لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام كذا فى فتح القدير وفى التتارخانية قال المتأخرون وأحسن ما قيل فيه ان الجند اذا كان بحيث تقع بهم الشركة فى الاغلب كانت الشركة فيما بينهم عامة وان كانت بحيث لا تقع بهم الشركة فى الغالب تكون شركة خاصة اه وفيها وفى المنتقى قال أبو يوسف اذا أعتق الامام عبدا من الخمس جاز عتقه وولاؤه لجماعة المسلمين وليس له أن يوالى أحدا اه وفى المحيط ولو وطئ جارية لا يحد ويؤخذ منه العقر ان وطئها فى دار الاسلام دون دار الحرب لانه أتلف منافع بضعها اه وهذا هو الظاهر لان الوطء فى دار الحرب لا يجب فيه شئ وقد نقله فى التتارخانية بصيغة قال محمد فكان هو المذهب قال وكذا اذا قتل واحدا من السبي أو استهلك شيأ من الغنيمة فى دار الحرب فلا ضمان عليه لا فرق بين أن يكون المستهلك من الغانمين أو غيرهم وعبر بالحرمة دون الصحة لانه اذا قسم فى دار الحرب مجتهدا أو قسم لحاجة الغانمين فصحيحة وان قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها فغير صحيحة وقيد بغير الايداع لانها للايداع جائزة وصورتها أن لا يكون للامام من بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيها فان أبوا أن يحملوها أجبرهم على ذلك بأجر المثل فى رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحميل ضرر خاص كما لو استأجر دابة شهرا فمضت المدة فى المفازة أو استأجر سفينة فمضت المدة فى وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة أخرى بأجر المثل ولا يجبرهم فى رواية السير الصغير لانه لا يجبر على عقد الاجارة ابتداء كما اذا نفقت دابته فى المفازة ومع رفيقه دابة لا يجبر على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو أسهل منه ولو كان فى بيت المال أو فى الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مالهم وفى الخانية ولو ان الامام أودع الغنيمة الى بعض الجند قبل القسمة ولا يبين ما فعل حتى مات لا يضمن شيأ وفى السير الكبير واذا أراد أمير العسكر أن يرسل رسولا من دار الحرب الى دار الاسلام بشئ من أموال المسلمين ولم يقدر الرسول أن يخرج الا فارسا وليعض العسكر فضل فرس فلا بأس بأخذ فرسه على كره منه اه (قوله وبيعها قبلها) أى حرم بيع الغنائم قبل القسمة أطلقه فشمل ما قبل الاحراز وما بعده أما قبله لم يملكه وأما بعده فنصيبه مجهول فلا يمكنه أن يبيع وقد ورد النهى عن البيع قبل القسمة كما قدمناه (قوله وشرك

(قوله ولو من أهل الحرب اذا أسلموا بدارهم) سيذكر عند قول المتن لا السوقى ما يخالفه فتامل (قوله ويجب عقرها) سيذكر فى هذه القولة ما يخالفه (قوله فكان هو المذهب) أفاد ان ما قدمه عن الشارح الزيلعى خلاف المذهب (قوله ولا يجبرهم فى رواية السير الصغير) قال فى الفتح والاوجه انه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة فى دار الحرب فانها تصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة (قوله وبيعها قبلها) قال فى الفتح وهذا فى بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوى انه يصح لانه مجتهد فيه يعنى أنه لا بد ان يكون الامام رأى المصلحة فى ذلك وأقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا

(قوله قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام) أى وقبل ان يظهروا على البلد لما فى الشرنبلالية عند قول الدرر ومدد لحقهم ثمة وبتقييده لحوق المدد بدار الحرب اشارة الى انه لو فتح العسكر بلدا بدار الحرب واستظهروا عليه ثم لحقهم المدد لم يشاركهم لانه صار بلاد الاسلام فصارت الغنيمة محرزة بدار الاسلام نص عليه فى الاختيار اهـ وعلى هذا فقول المؤلف واذا لحقهم المدد الخ مصور فيما اذا غنموا منهم ولم يظهروا عليهم ولم تصر دار اسلام قال فى التاتارخانية ولو ان عسكرا دخلوا دار الحرب وقاتلوا أهل المدينة من مدائنهم وقهروا أهلها واستولوا عليها وفتحوها وأظهروا فيها أحكام الاسلام حتى صارت المدينة دار الاسلام ولم يقسموا الغنائم حتى لحقهم المدد لا يشاركوهم فيها اهـ (قوله قياسا على مسئلة الغنيمة) قال فى النهر أقول فى الدرر والغرر عن فوائد صاحب المحيط للامام والمؤذن وقف فلم يستوفيا حتى ماتا سقط لانه فى معنى الصلة وكذا القاضى وقيل لا يسقط لانه

كالاجرة اهـ وبجزم فى البغية بانه يورث بخلاف رزق القاضى وأنت خبير بان ما يأخذه القاضى ليس صلة كما هو ظاهر ولا أجر الان مثل هذه العبادة لم يقل أحد بجواز الاستئجار عليها بخلاف

الردء والمدد فيها الا السوقى بلا قتال ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه

ما يأخذه الامام والمؤذن فانه لا ينفك عنهما فبالنظر الى الاجرة يورث ما يستحق اذا استحق غير مقيد بظهور الغلة وقبضها فى يد الناظر وبالنظر الى الصلة لا يورث وان قبضه الناظر قبل الموت وبهذا عرفت ان القياس على الغنيمة غير صحيح وسيأتى

الردء والمدد فيها) أى فى الغنيمة لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها على ما قدمناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز أو بقسمة الامام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد والردء بكسر الراء وسكون الدال المهملة بعدها همزة بمعنى العون والمدد الجماعة الناصرون للجند وأفاد المصنف ان المقاتل وغيره سواء حتى يستحق الجندى الذى لم يقاتل لمرض أوغيره وانه لا يميز واحد على آخر بشئ حتى أمير العسكر وهذا بلا خلاف لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق كذا فى فتح القدير وفى المحيط المتطوع فى الغزو وصاحب الديوان فى الغنيمة سواء اهـ وفى التتارخانية اذا قسم الامام الغنيمة ثم جاء رجل وادعى انه شهد الوقعة وأقام عدلين فالقياس ان ينقض القسمة وفى الاستحسان لا ينقض ويعوض من بيت المال قيمة نصيبه اهـ (قوله لا السوقى بلا قتال) أى لا شركة للسوقى فى الغنيمة اذا لم يقاتل لا سهما ولا رضخا لانه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال وأشار المصنف الى ان الحربى اذا أسلم فى دار الحرب أو المرتد اذا أسلم ولحق بالجيش لا يستحق شيأ ان لم يقاتل صرح به فى المحيط وذكر الشارح ان السوقى اذا قاتل ظهر ان قصده القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر فى طريق الحج لا ينقص أجره اهـ (قوله ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه) لان الارث يجرى فى الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده كما قدمناه وصرحوا فى كتاب الوقف ان معلوم المستحق لا يورث بعد موته على أحد القولين وفى قول يورث ولم أر ترجيحا وينبغى ان يفصل فان كان مات بعد خروج الغلة واحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيب المستحق لتأكد الحق فيه فان الغنيمة بعد الاحراز بدارنا يتأكد الحق فيها للغانمين ولا ملك لواحد بعينه فى شئ قبل القسمة مع ان النصيب يورث فكذا فى الوظيفة وان مات قبل الاحراز فى يد المتولى لا يورث نصيبه قياسا على مسئلة الغنيمة وسيأتى ان من مات من أهل الديوان قبل خروج العطاء لا يورث نصيبه سواء مات فى

نصف

لهذا مزيد بيان فى الوقف ان شاء الله تعالى اهـ ما فى النهر ولم أره فى الوقف ذكر لهذه المسئلة وكذا لم يذكرها المؤلف هناك أيضا هذا وقول النهر ان ما يأخذه القاضى ليس صلة مخالف لما صرح به فى الهداية قبيل الردة وسيذكره المؤلف هناك أيضا نعم ما يأخذه الامام ونحوه فيه معنى الصلة ومعنى الاجرة والظاهر ان ذلك منشأ الخلاف المحكى فى الدرر لكن ما جزم به فى البغية يقتضى ترجيح جانب الاجرة فى حقه وهو ظاهر لا سيما على ما أفتى به المتأخرون من جواز الاجرة على الاذان والامامة والتعليم وعن هذا والله تعالى أعلم مشى العلامة الطرسوسى على ان المدرس ونحوه اذا مات فى أثناء السنة يعطى بقدر ما باشر ويسقط الباقى بخلاف الوقف على الاولاد والذرية فانه اذا مات مستحق منهم يعتبر فى حقه وقت ظهور الغلة فان مات بعد خروج الغلة ولم يبد صلاحها صار ما يستحقه لورثته والاسقط كما حرره فى أنفع الوسائل والاشباه والنظائر وأفتى به الخير الرملى

نصف السنة أو آخرها ثم اعلم ان من مات فى دار الحرب انما لا يورث نصيبه اذا مات قبل القسمة أو قبل البيع أما ان مات بعد القسمة أو البيع فى دار الحرب فانه يورث نصيبه كما صرح به فى التتارخانية (قوله وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) لما رواه البخارى عن ابن عمر انه قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكل ولا نرفعه أطلقه ولم يقيده بالحاجة وقد شرطوها فى رواية ولم يشترطها فى الاخرى وهو الاستحسان فيجوز للغنى والفقير وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا لحاجة كما فى الثياب والدواب ووجه الاخرى قوله عليه السلام فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب وظاهر كلامهم ان السلاح لا يجوز له الا بشرط الحاجة اتفاقا وقد صرح به فى الظهيرية مع ان المصنف سوى بين الكل وأطلق الطعام فشمل المهيأ للاكل وغيره حتى يجوز لهم ذبح المواشى ويردون جلودها فى الغنيمة وقيد جواز الانتفاع بما ذكر فى الظهيرية بما اذا لم ينههم الامام عن الانتفاع بالمأكول والمشروب أما اذا نهاهم عنه فلا يباح لهم الانتفاع به اه وينبغى ان يقيد بما اذا لم تكن حاجتهم اليه اما اذا احتاجوا الى المأكول والمشروب لا يعمل نهيه وقيد بالمذكورات لان ما لا يؤكل عادة لا يجوز لهم تناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك لحديث ردوا الخيط والمخيط كذا فى الشرح ولا شك انه لو تحقق باحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة ذكره فى فتح القدير بحثا وقد صرح به فى المحيط والضمير فى قوله ينتفع عائد الى الغانمين فخرج التاجر والداخل لخدمة الجندى باجر لا يحل لهم الا ان يكون خبز الحنطة أو طبخ اللحم فلا بأس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ الجندى ما يكفيه ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذى دخلوا معه قالوا ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها حينئذ ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المصنف لان الحاجة فى الثياب والسلاح واحد بخلاف السبى لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا أصولها وفى المحيط وجد مسلم جارية مأسورة له فى دار الحرب فى أيديهم وقد دخل بامان كرهت له غصبها ووطؤها الا اذا كانت مدبرة أو أم ولد له فلا يكره لان المدبرة وأم الولد لا يملكونها بخلاف القنة لانه بعقد الامان ضمن ان لا يسرق ولا يغصب شيأ من أموالهم فاذا فعل ذلك كان نقضا فان وطئ مدبرته أو أم ولده أهل الحرب لا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدتها لانهم باشروا الوطء على تأويل الملك فتجب العدة ويثبت النسب والمأسور فيهم لا يكره له ان يسرق أمته وسائر أمواله ولا يقتلهم لانه لا عهد بينه وبينهم وأموالهم وأنفسهم مباحة فى حقنا اه (قوله ولا نبيعها) لانه لا ملك لهم ولا ضرورة الى ذلك وأفاد انهم لا يتمولونها كالمباح له الطعام أطلقه فشمل البيع بالدراهم والدنانير والعروض فان باعه أحدهم قبل القسمة رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة وان كان بعدها يتصدق به على الفقراء ان كان غنيا ويأكل ان كان فقيرا كذا فى المحيط وفى التتارخانية اذا دخل العسكر دار الحرب فصاد رجل منهم شيأ من الصيد بازيا أو صقرا أو ظبيا أو صاد سمكة كبيرة من البحر أو أصاب عسلا فى جبال لا يملكه أهل الحرب أو أصاب جواهر من ياقوت وفيروزج وزمرد من معدن لا يملكه أهل الحرب أو أصاب معدن ذهب أو فضة أو رصاص أو حديد مما لا يملكه أهل الحرب سوى الحشيش والماء فان جميع ذلك يكون مشتركا بينه وبين أهل العسكر فلا يختص به الآخذ فان كان الآخذ باعه من التجار يقف على اجازة الامير ثم الامام ينظر فى ذلك فان كان المبيع قائما

ويتنفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة ولا نبيعها

فبهذا تعلم الفرق بين كون المستحق من الوقف اماما ونحوه أو من الاولاد (قوله أما اذا مات بعد القسمة أو البيع) هذا فى البيع مبنى على ما ذكره الطحاوى من ان للامام بيع الغنيمة كما قدمناه عن فتح القدير (قوله عائد الى الغانمين) لو كان كذلك لقال وينتفعون والظاهر ان يقال الى الغانم بالافراد أو يقرأ ينتفع بصيغة المجهول والظرف بعده نائب الفاعل (قوله والمأسور فيهم لا يكره له ان يسرق أمته الخ) الظاهر ان فى هذه العبارة سقطا أو تحريفا فليراجع المحيط

والثمن أنفع للعسكر من المبيع أجاز البيع وأخذ الثمن ورده في الغنيمة وقسمه بين الغانمين وان كان المبيع أنفع لهم من الثمن فسخ البيع واسترد المبيع وجعله في الغنيمة وان لم يكن المبيع قائما يجيز بيعه ويأخذ ثمنه ويرده في الغنيمة وهذا كله استحسان والقياس ان لا تعمل الاجازة بعد الهلاك ولو ان رجلا من الجند حش الحشيش في دار الحرب أو استقى الماء وباعه من العسكر أو التجار كان بيعه جائزا وكان الثمن طيبا له ولو أخذ جندي خشبا فعمل منه قصاعا ثم أخرجها الى دار الاسلام فان الامام يأخذ ذلك منه ثم يعطيه قيمة ما زاد من الصنعة فيه ان شاء وان شاء باعه وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول وعلى قيمته معمولا فما أصاب غير المعمول كان في الغنيمة وما أصاب المعمول من ذلك يكون للعامل ولا يصير المصنوع ملكا للعامل بهذه الصنعة وان كانت الصنعة على هذا الوجه في مال خاص لغيره يجعل المصنوع ملكا للصانع فينقطع حق صاحب الخشب فأما اذا كان لا يضمن بالغصب فالصنعة لا توجب انقطاع حق المالك ألا ترى ان من غصب من آخر جلد ميتة وخاطها فروا ثم دبغها فانه لا ينقطع حق صاحب الجلد عن الجلد بهذه الصنعة ولو أخرجت الغنيمة الى دار الاسلام فأخذ آخر منها خشبا وجعله قصاعا أو غيرها فانه يضمن قيمة الخشب وكان المصنوع للذي عمل لا سبيل للامام عليه اهـ (قوله وبعد الخروج منها لا) أي لا ينتفعون بشئ مما ذكر لزوال المبيح ولان حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم (قوله وما فضل رد الى الغنيمة) لزوال حاجته والاباحة باعتبارها أطلقه وقيده في المحيط بأن يكون غنيا وان كان فقيرا يأكل بالضمان لانه ليس له أخذ الطعام بعد الاحراز فكذلك الامساك لان الحاجة قد ارتفعت وهذا اذا كان قبل القسمة وأما اذا كان بعدها باعها وتصدق بثمنها لانه لا يمكنه القسمة لقلته فتعذر ايصاله الى المستحق فيتصدق به كاللقطة اهـ (قوله ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله وكل مال معه أو وديعة عند مسلم أو ذمي دون ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره وعبده المقاتل) أي ومن أسلم من أهل الحرب في دار الحرب قبل أخذه ولم يخرج الينا حتى ظهرنا على الدار الى آخره وانما يحرز نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق وأولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه والوديعة لما كانت في يد صحيحة محترمة صارت كيده وخرج عنه عقاره لانه في يد أهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة فكان فيأ وقيل ان محمدا جعله كسائر أمواله وكذا عبده المقاتل لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل داره وكذا أمته المقاتلة ولو كانت حبلى فهي والجنين فيء كذا في المحيط واما ولده الكبير فهو فيء لانه كافر حربي ولا تبعية وكذا زوجته وحملها جزء فيرق برقها والمسلم محل للتمليك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك قيد بالوديعة لان ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند الامام خلافا لهما لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألا ترى انها ليست متقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض لعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليس في يده حكما فلم تثبت العصمة وقيد بالمسلم والذمي لانها لو كانت وديعة عند حربي فهي فيء لان يده ليست محترمة وقيدنا كون اسلامه قبل أخذه لانه لو كان بعده فهو عبد لانه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه وكذا لو أسلم بعدما أخذ أولاده الصغار وماله ولم يؤخذ

وبعد الخروج منها لا وما فضل رد الى الغنيمة ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله وكل مال معه أو وديعة عند مسلم أو ذمي دون ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره وعبده المقاتل

(قوله لانه ليس له أخذ الطعام بعد الاحراز) تعليل للمتن

هو حتى لو أسلم أحرز باسلامه نفسه فقط وقيدنا بكونه خرج الينا بعد الظهور لانه لو أسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فيء الا أولاده الصغار لاسلامهم تبعا له وماله لم يكن في يده للتباين وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيأ لان يدهما يد صحيحة عليه بخلاف وديعته عند الحربي فانها فيء في ظاهر الرواية وقيدنا بكونه في دار الحرب لان المستأمن اذا أسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فيء لان التباين قاطع للعصمة وللتبعية وقيد بالحربي اذا أسلم لان المسلم أو الذمي اذا دخل دار الحرب بامان واشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده صحيحة وما كان له وديعة عند حربي فهو له في رواية أبي سليمان وهي الاصح وأشار المصنف بكون العقار فيأ الى أن الزرع المتصل بالارض قبل حصاده فيء تبعا للارض كذا في فتح القدير وقيدنا بالظهور على الدار لانهم اذا أغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك عند محمد وعند أبي حنيفة يصير ماله فيأ وانما يحرز نفسه وولده الصغير وفي المحيط حربي دخل دارنا بغير أمان فهو فيء لجماعة المسلمين أخذ قبل الاسلام أو بعده عند أبي حنيفة والله أعلم

﴿فصل في كيفية القسمة﴾ أفردها بفصل على حدة لكثرة شعبها والقسمة جمع نصيب شائع في معين قال الشارح يجب على الامام ان يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه ويقسم الاربعة الاخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه اجماع المسلمين اه وفي التتارخانية ينبغي للامام اذا أراد الدخول بدار الحرب أن يعرض العسكر ليعرف عددهم راجلهم وفارسهم ويكتب أسماءهم فمن كتب اسمه فارسا ثم مات فرسه بعدما جاوز الدرب استحق سهم الفارس ولو باعها لا يستحق الا أن يستبدل فرسا آخر (قوله للراجل سهم وللفارس سهمان) يعني عند أبي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالكفاية وهي على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى للفارس سهمين وللراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثل غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه كذا في الهداية وتعقبه في العناية بان طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل أن الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قال فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لان القول أولى بالاتفاق اه وقد تقدم نظيره في باب سجود السهو وفي المحيط والفارس في السفينة في البحر يستحق سهمين وان لم يمكنه القتال على الفرس في السفينة لانه ان لم يباشر القتال على الفرس فقد تاهب للقتال على الفرس والمتاهب للشيء كالمباشر اه أطلق في الفارس وهو من معه فرس فشمل الفرس المملوك والمستأجر والمستعار والمغصوب اذا لم يسترده فان استرده صاحبه قبل المقاتلة فسيأتي وفي التتارخانية وهل يتصدق الغاصب بالسهم الذي كان لفرسه حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال على قياس قول أبي حنيفة ومحمد يتصدق وعلى

﴿فصل في كيفية القسمة﴾ للراجل سهم وللفارس سهمان ولو له فرسان

(قوله وما أودع مسلما أو ذميا) ليس فيأ تقييد لقوله فجميع ماله هناك فيء الا أولاده الصغار وقد نقل في النهر العبارة عن الفتح ولم يذكر ذلك التقييد فأوهم خلاف المراد وليس بصحيح بقي على ما ذكر من التقييد لا حاجة الى قوله ولم يخرج الينا اذ لا فرق حينئذ بين الخروج وعدمه كما ذكره الشارح في باب المستأمن (قوله أخذ قبل الاسلام أو بعده) أي اذا دخل بلا أمان وهو حربي ثم أسلم فاخذ قبل الاسلام أو بعده فهو فيء لانعقاد دخوله سببا للاسترقاق تامل وراجع

﴿فصل في كيفية القسمة﴾

قياس قول أبي يوسف لا يتصدق وسئل الخجندي عمن استأجر أجيرا للخدمة في سفره ويحرس ماله فذهب على الشرط الى دار الحرب ثم غزى هذا الاجير بفرس المستأجر وسلاحه مع الكفار وأخذ منهم غنائم كثيرة لمن تكون قال ان شرط هذا المستأجر ان ما أصاب الاجير يكون للمستأجر يكون له وان استأجره للخدمة فحسب فالمصاب يكون بينهما (قوله ولو له فرسان) يعني لو كان له فرسان لا يستحق الا سهمين فلا يسهم الا لفرس واحدة وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لما روى أنه عليه السلام أسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة ابن الاكوع رضي الله عنه سهمين وهو راجل وفي النهاية وهذه المسئلة نظير ما بينا في النكاح أن المرأة لا تستحق النفقة الا لخادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف تستحق النفقة لخادمين (قوله والبراذين كالعتاق) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا والبرذون التركي من الخيل والجمع البراذين وخلافها العراب والانثى برذونة وعتاق الخيل والطير كرائمها كذا في المغرب وفي شرح النقاية العتاق بكسر العين كرام الخيل العربية والبراذين خيل العجم والهجين الذي أبوه عربي وأمه عجمية والمقرف عكسه (قوله لا الراحلة والبغل) أي لا يكونان كالعتاق فلا يسهم لهما لان الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل عليهما (قوله والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة) لان المجاوزة نفسها قتال لانهم يلحقون الخوف بها والحالة بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حالة التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا أو راجلا فلو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ولو كان بقتل رجل وأخذ القيمة منه واذا بقي فرسه وقاتل راجلا لضيق المكان يستحقه بالطريق الاولى وان دخلها راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وهذا اذا هلك فرسه وان دخلها فارسا ثم باعه أو رهنه أو أجره أو وهبه فانه لا يستحق سهم الفارس في ظاهر الرواية لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا وكذا اذا باعه حال القتال على الاصح لدلالته على غرض التجارة الا اذا باعه مكرها كما في التتارخانية بخلاف ما اذا باعه بعد انقضاء الحرب فانه يستحق سهم الفارس وفي الخلاصة ولو أعاره ففيه روايتان وأما اذا دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فقاتل راجلا ففيه روايتان ولم أر ترجيحا وينبغي ترجيح استحقاق سهم الفارس لحصول الارهاب ولا صنع له في الاسترداد فصار كالهلاك بخلاف البيع وقد كتبته قبل مراجعة ما في فتح القدير ثم رأيته قال بعد ذكر الروايتين ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجيح الاستحقاق الا أن يراد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترد المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا اهـ قالوا ويشترط أن يكون الفرس صالحا للقتال بان يكون صحيحا كبيرا حتى لو دخل بمهر أو مريض لا يستحق سهم الفرسان لانه لا يقصد به القتال وفي التتارخانية لو زال المرض وصار بحال يقاتل عليه قبل

والبراذين كالعتاق لا الراحلة والبغل والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة

(قوله ولو كان بقتل رجل وأخذ القيمة منه) أي ولو كان موت الفرس بعد الدخول لدار الحرب بسبب قتل رجل لها وأخذ القيمة من قاتلها

الغنيمة فالقياس أن لا يسهم له وفى الاستحسان يسهم له بخلاف ما اذا طال المكث فى دار الحرب حتى بلغ المهر وصار صالحا للركوب فقاتل عليه لا يستحق سهم الفرسان اه وكان الفرق هو أن الارهاب حاصل بالكبير المريض فى الجملة بخلافه فى المهر وفيها لو غصب فرسه منه قبل الدخول فدخل راجلا ثم استرده فيها فله سهم الفارس وكذا لو ركب رجل عليه ودخل دار الحرب وكذا لو نفر الفرس فاتبعه ودخل راجلا وكذا اذا ضل منه فدخل راجلا ثم وجده فيها فان صاحبه لا يحرم سهم الفرس ولو وهبها ودخل راجلا ودخل الموهوب له فارسا ثم رجع فيها استحق الموهوب له فى الغنيمة سهم الفارس فيما أصابه قبل الرجوع وسهم الراجل فيما أصيب بعده والراجع راجل مطلقا كالبائع فاسدا فى دار الاسلام اذا استرده فى دار الحرب للفساد وكالمستحق للفرس فى دار الحرب وكالراهن اذا افتكها فيها ولو باعها ثم وهب له أخرى وسلمت كان فارسا ولو استردها الموجر أو المعير فملك غيرها بشراء أو هبة فالثانية تقوم مقام الاولى ولو كان الاول باجارة والثانى كذلك أو بعارية والثانى كذلك فالثانى يقوم مقام الاول ولو كان الاول باجارة والثانى عارية فانه لا يقوم مقامه ولو اشتراها فى دار الاسلام وتقابضا فى دار الحرب فهما راجلان ولو نقده قبل الدخول وقبضها بعده فالمشترى فارس والفرس المشترك بين رجلين يقاتل هذا مرة وهذا أخرى لا سهم له الا اذا أجر أحدهما نصيبه من شريكه قبل الدخول فالسهم للمستأجر اه (قوله وللمملوك والمرأة والصبى والذمى الرضخ لا السهم) لانه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان النبى صلى الله عليه وسلم باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمى ليس من أهلها والرضخ فى اللغة اعطاء القليل وهنا اعطاء القليل من سهم الغنيمة وظاهر ما فى المختصر انه يرضخ لهم مطلقا وليس كذلك بل انما يرضخ للعبد اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة وكذا الصبى لانه مفروض بان يكون له قدرة عليه والمرأة انما يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال كذا فى الهداية وظاهره تخصيص هذا النوع من الاعانة وليس كذلك فقد قال الولوالجى ان الاعانة منها قائمة مقام القتال كخدمة الغانمين وحفظ متاعهم اه وهو الحق كما لا يخفى والذمى انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق لانه فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم فى الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ فيه السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله فلا يسوى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد ودل كلامهم على انه يجوز الاستعانة بالكافر على القتال اذا دعت الحاجة الى ذلك كما قدمناه وأطلق العبد فشمل المكاتب لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن القتال وقيد بالمذكورين لان الاجير لا يسهم له ولا يرضخ لعدم اجتماع الاجر والنصيب من الغنيمة الا اذا قاتل فانه يسهم له كما قدمناه وفى التتارخانية لو أعتق العبد يرضخ له فيما أصيب من الغنيمة قبل عتقه والذمى المقاتل مع الامام اذا أسلم يضرب له بسهم كامل فيما أصيب بعد اسلامه اه وظاهر ما فى الولوالجية ان العبد يرضخ له بشرطين اذن المولى بالقتال له وان يقاتل فعليه لو قاتل بلا اذن لا يرضخ له ولم يذكر المصنف

وللمملوك والمرأة والصبى والذمى الرضخ لا السهم

(قوله وكان الفرق الخ) ذكر الفرق فى شرح السير بان المريض كان صالحا للقتال عليه الا انه تعذر لعارض على شرف الزوال فاذا زال صار كأن لم يكن بخلاف المهر فانه ما كان صالحا وانما صار صالحا ابتداء فى دار ٩٧ الحرب فيكون كمن اشترى فرسا فى دار الحرب ويوضح الفرق ان الصغيرة لا تستوجب النفقة على زوجها لانها لا تصلح لخدمة الزوج والمريضة تستوجب لانها كانت صالحة ولكن تعذر ذلك بعارض (قوله والذمى انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق) قال فى الحواشى اليعقوبية لا وجه لتخصيص حكم الدلالة على الطريق بالذمى لان العبد أيضا اذا دل يعطى له أجرة الدلالة بالغا ما بلغ الا ان يمنع ارادة التخصيص فليتأمل اه (قوله الا اذا قاتل فانه يسهم له) أى بخلاف المذكورين فانه يرضخ لهم اذا قاتلوا ولا يسهم (قوله وظاهر ما فى الولوالجية ان العبد يرضخ له بشرطين الخ) وذلك حيث قال العبد اذا كان مع مولاه يقاتل باذن مولاه يرضخ له وكذا الصبى والذمى والمرأة والمكاتب يرضخ لهم لان العبد تبع للحر فانه يقاتل باذن المولى وأهل الذمة

تبع للمسلمين ولهذا لو أرادوا ينصبون راية لانفسهم لا يمكنون والصبى تبع للرجل فلا تجوز التسوية بينهم فى استحقاق الغنيمة وان استووا فى سبب الاستحقاق وهو القتال وكان ينبغى ان لا يسوى بين الفرس وبين المالك لانه تبع

لما لك الا الآمر كالقياس بالنص ولا نص هنا واذالم تجز التسوية لا يسهم له فيرضخ ولا يرضخ للعبد ان كان في خدمة مولاه ولا يقاتل اه قلت لكن قول الولوالجي اذا كان مع مولاه يقاتل باذن مولاه يرضخ له غير قيد بل يرضخ له وان لم يكن باذن المولى كما صرح به السرخسي في شرح السير الكبير ٩٨ وقال اذا كان غير مأذون له بالقتال فلا شئ له قياسا لانه ليس من أهل القتال فكان حاله كحال الحربي المستأمن ان قاتل باذن الامام استحق الرضخ والا فلا وفي الاستحسان يرضخ له لانه غير محجور عن الاكتساب وعما يتمحض منفعة وهو نظير القياس والاستحسان في العبد المحجور اذا أجر نفسه وسلم من العمل وبه اندفع

والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولاحق لاغنيائهم وذكره تعالى للتبرك وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كالصفي وان دخل جمع ذوو منعة دارهم بلا اذن خمس ما أخذوا والالا

ما في الحواشي اليعقوبية من قوله ان العبد اذا كان مأذونا بالقتال وقاتل ينبغي ان يكون له السهم الكامل كما لا يخفى اه وقد رأيت التصريح بهذا الظاهر في الفتح حيث قال وسواء قاتل العبد باذن سيده أو بغير اذنه (قوله فهذا يقتضى ان الفتوى على الصرف الى الاقرباء الاغنياء) قال في النهر فيه نظر بل هو ترجيح لاعطائهم وغاية الامر انه سكت عن المأخوذ اشتراط الفقر فيهم للعلم به اه قال بعض الفضلاء وأنت اذا تأملت كلام الحاوي رأيته شاهدا لما في البحر وهذه عبارته وأما الخمس فيقسم ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع لاغنيائهم شئ وعن أبي يوسف الخ اذ لو كان كما قاله في النهر لكانت رواية أبي يوسف عين ما قبلها (قوله والحجة عليه ما قدمناه) أي من ان الخلفاء

المجنون وفي الولوالجية ويرضخ للصبي والمجنون لان السبب وجد في حقهما وهو القتال الا انهما تبع فصارا كالعبد مع المولى اه (قوله والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولاحق لاغنيائهم) لان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم أجمعين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ألا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه لان المراد من النصر قرب النصرة لا قرب القرابة واليتيم صغير لا أب له فيدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم والمسكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم أجيب بأن فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيأ لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التأويلات للشيخ أبي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن أجاب بأن افهام بعض الناس قد تقتضي الى أن الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي الحاوي القدسي وعن أبي يوسف ان الخمس يصرف لذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ اه فهذا يقتضي ان الفتوى على الصرف الى الاقرباء الاغنياء فليحفظ وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات كذا في فتح القدير وأطلق في ذوي القربى وهو مقيد ببني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لانه عليه الصلاة والسلام وضع سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس مع ان قرابتهم واحدة لان عبد مناف الجد الثالث للنبي صلى الله عليه وسلم وأولاده هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس (قوله وذكره تعالى للتبرك) أي للتبرك باسمه تعالى في افتتاح الكلام بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه لان جميع الاشياء له اذ هو الغني على الاطلاق لان السلف رضي الله عنهم فسروه بما ذكرو به اندفع ما ذكره أبو العالية بأن سهم الله تعالى ثابت يصرف الى بناء بيت الكعبة ان كانت قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس (قوله وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كالصفي) لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي رضي الله عنه يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه (قوله وان دخل جمع ذوو منعة دارهم بلا اذن خمس ما أخذوا والالا) أي وان لم يكونوا ذوي منعة لا يخمس لان الغنيمة هو

الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة ورفعوا اسهمه لانفسهم كذا في الفتح (قوله أي بعدما دفع الخمس) كذا في النسخ والذي في الفتح بدون ما وهو أظهر (قوله لان التحريض مندوب اليه كذا وقع في الهداية) قال في الفتح واعلم ان التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو ادعى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقطه به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين آخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشئ والا لزم التنفيل لاستلزامه محرما اهـ (قوله أو للسرية) عطف على قوله للعسكر لكن هذا مخالف لما في الهداية حيث فرق بين العسكر والسرية فقال ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه اهـ وكذا قال الزيلعي انه لو نفل السرية بالكل جاز وذكر في الاختيار كما في الهداية ونقل في الدرر عن النهاية عن السير الكبير نحوه قلت لكن الذي رأيته في السير ٩٩ الكبير للسرخسي التفصيل في السرية فانه

قال لو بعث أمير المصيصة سرية لا ينبغي ان ينفل لهم ما أصابوا بخلاف ما اذا دخل الامام مع الجيش في دار الحرب ثم بعث سرية ونفل لهم

المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها والقهر موجود في الاول والاختلاس في الثاني ولا يضر كونه بغير اذن الامام لانه يجب عليه أن ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن بالمسلمين بخلاف الواحد والاثنين لا يجب عليه نصرتهم والتقييد بغير اذن الامام ليس احترازيا لانه لو كان باذن الامام ولهم منعة فانه يخمس بالاولى ولو لم يكن له منعة كواحد أو اثنين دخل باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما أذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فالحاصل ان الداخل باذن الامام يخمس ما أخذه مطلقا وبغير اذنه فان كان ذا منعة خمس والا لا وفي المحيط لو قال الامام ما أصبتم فهو لكم لا خمس فيه فان كانوا لا منعة لهم جاز وان كان لهم منعة لا يجوز لان الخمس في الاول واجب بقول الامام فله أن يبطله بقوله بخلافه في الثاني ولذا لو دخلوا بغير اذنه خمس ما أخذوه (قوله وللامام أن ينفل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس) أي بعدما دفع الخمس للفقراء لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض فلو قال المصنف ويستحب للامام لكان أولى وقول من قال لا بأس للامام لا يخالفه لانها تستعمل في المندوب أيضا كما تقدم في الجنائز فلم تكن مطردة لما تركه أولى ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره كالدراهم والدنانير أو يقول من أخذ شيأ فهو له فما ذكر في المختصر مثال لا قيد لكن قالوا لو قال للعسكر كلما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز

وللامام ان ينفل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس

ما أصابوا فانه يجوز لان السرية في الاول يختصون بما أصابوا قبل تنفيل الامام وليس لاهل المصيصة معهم شركة في

ذلك فان المصيصة من دار الاسلام ومن توطن في دار الاسلام لا يشارك الجيش فيما أصابوا فليس في هذا التنفيل الا ابطال الخمس وفي الثاني لا يختصون بالمصاب قبل التنفيل فهذا التنفيل للتخصيص على وجه التحريض فيصح اهـ وحاصله انه ان بعث السرية من دار الاسلام لم يكن له التنفيل بكل ما أصابوا لانهم صاروا بمنزلة الجيش من العسكر لانهم كل العسكر بخلاف ما اذا بعث السرية من دار الحرب لانهم قطعة من العسكر خصصتهم بما أصابوا للتحريض وهذا شأن التنفيل من زيادة البعض على غيرهم للتحريض كما بين ذلك بعد نحو ورقة بقوله ولو بعث السرية من دار الاسلام ونفلهم الثلث بعد الخمس أو قبل الخمس كان باطلا لانه ما خص بعضهم بالتنفيل وليس مقصوده فيه الا ابطال الخمس وابطال تفضيل الفارس على الراجل فلا يجوز بخلاف ما اذا التقوا في دار الحرب ففي التنفيل هناك معنى التخصيص لهم لان الجيش شركاؤهم في الغنيمة ففي التنفيل تخصيصهم ببعض المصاب وهو مستقيم اهـ وحاصله ان التنفيل العام لا يصح وذلك في العسكر وفي السرية المبعوثة من دارنا لانها بمنزلة العسكر ووجه بطلانه انه ليس فيه معنى التخصيص أي زيادة البعض على الباقي بخلاف السرية المبعوثة من العسكر في دار الحرب لكن التنفيل للسرية المبعوثة من دارنا لا يصح اذا كان التنفيل للكل بمعنى ان يكون جميع ما أصابوه لهم لانه ابطال لحقهم بخلاف ما اذا نفلهم من

لان فيه ابطال السهمان الذى أوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص : كذا فى السير الكبير قال فى فتح القدير وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيأ فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيأ أصلا باتهائه فهو أولى بالبطلان والفرع المذكور من الحواشى وبه أيضا ينتفى ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة وفيه زيادة ايحاش الباقين وزيادة الفتنة اه ويدخل الامام نفسه فى قوله من قتل قتيلا استحسانا لانه ليس من باب القضاء ولا تهمة بخلاف ما اذا خصص نفسه بقوله من قتلته للتهمة الا اذا عمم بعده كما فى الظهيرية وبخلاف ما اذا خصهم بقوله من قتل قتيلا منكم فان الامام لا يستحق كما فى التتارخانية واذا اشترك رجلان فى قتل حربى اشتركا فى سلبه وقيده فى شرح الطحاوى بان يكون المقتول مبارزا يقاوم الكل فان كان عاجزا لا يستحقون سلبه ويكون غنيمة وان قيده الامام بقوله وحده لا يستحقان سلبه ولو كان الخطاب لواحد فشاركه آخر استحق المخاطب وحده ولو خاطب واحدا فقتل المخاطب رجلين فله سلب الاول خاصة الا اذا قتلهما معا فله واحد والخيار فى تعيينه للقاتل لا للامام ولو كان على العموم فقتل رجل اثنين فاكثر استحق سلبهما ويستحق السلب من يستحق السهم أو الرضخ فيشمل الذمى والتاجر والمرأة والعبد ولا بد أن يكون المقتول منهم مباح القتل حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والمجانين والصبيان الذين لم يقاتلوا ولا يشترط فى استحقاق السلب سماع القاتل مقالة الامام حتى لو قتل من لم يسمع فله السلب لانه ليس فى وسع الامام اسماع الافراد وانما فى وسعه اشاعة الخطاب وقد وجد ولو نفل السرية بالربع وسمع العسكر دونها فلهم النفل استحسانا كذا فى الظهيرية وفى التتارخانية من قتل قتيلا فله سلبه يقع على كل قتال فى تلك السفرة ما لم يرجعوا وان مات الوالى أو عزل ما لم يمنعه الثانى وان قال حالة القتال يتعين ذلك ولو قال من دخل دار الحرب بدرع فله كذا جاز وكذا بدرعين ولا يجوز ما زاد الا اذا كان فيه منفعة للمسلمين بخلاف ما اذا قال من دخل بفرس كذا فانه لا يجوز والرماح والاقواس كالدرع وقيد المصنف بالامام لان أمير السرية اذا نهاه الامام عن

أصاب منهم شيأ للمصيب فقط فانه يصح لما ذكره بعد نحو ورقتين من انه لو قال السرية المبعوثة من دارنا من قتل منكم قتيلا فله سلبه ومن أصاب منكم شيأ فهو له دون من بقى من أصحابه جاز لان فيه معنى التخصيص لان القاتل والمصيب مختص بالنفل بخلاف ما اذا نفل لهم الثلث لانه ليس فيه تخصيص البعض ولا ابطال حق أحد من الغانمين اه وعلى هذا يقال فى العسكر أيضا لو قال لهم من أصاب شيأ فهو له دون من بقى جاز قياسا على السرية المبعوثة من دارنا لما علمت من انهما متحدان حكما (قوله لان فيه ابطال السهمان الذى أوجبها الشرع) قال الرملى أى فى قوله صلى الله تعالى عليه وسلم للفارس سهمان وللراجل سهم فهو على الحكاية اه قلت لكن فى المصباح السهم النصيب والجمع أسهم وسهمان بالضم فالظاهر ان ما هنا بالضم جمع سهم لكن كان الاولى التعبير بالتى بدل الذى ولو كان المراد به المثنى لقال اللذين أوجبهما الشرع مع ان اتيانه به بالالف على قصد الحكاية بعيد فتعين ما قلنا والله أعلم (قوله وهذا بعينه يبطل الخ) أقول فيه نظر ظاهر لان قوله من أصاب شيأ فهو له فيه تخصيص البعض دون البعض وهو معنى التنفيل كما علمت مما قررناه آنفا بخلاف ما أصبتم فهو لكم فانه ليس فيه تخصيص البعض بل فيه ابطال التفاوت بين الفارس والراجل قصدا وكذا فيه ابطال الخمس قصدا ان لم يقل بعد الخمس وأما قوله من أصاب شيأ فهو له فانه وان كان فيه ابطال التفاوت وابطال الخمس أيضا لكنه غير مقصود كما يظهر مما نقلناه عن السير وكذا قال فى السير ولو قال لهم الامام لا خمس عليكم فيما أصبتم أو الفارس والراجل سواء فيما أصبتم كان باطلا فكذلك كل تنفيل لا يفيد الا ذلك فان قيل أليس فى قوله من قتل قتيلا فله سلبه ابطال الخمس عن السلب مع انه جائز قلنا هناك المقصود بالتنفيل التحريض وتخصيص القاتلين بابطال شركة العسكر عن الاسلاب ثم يثبت ابطال الخمس عنها تبعا وقد يثبت تبعا ما لا يثبت قصدا (قوله واذا اشترك رجلان الخ) قيد بهما لانه لو كانوا ثلاثة أو أكثر فالقياس كذلك لان من للعموم ولكنه قبيح لانه يؤدى الى انه لو اجتمع العسكر كلهم على قتله فلهم سلبه وليس مراده ذلك والاستحسان يحتمل وجوها أحسنها انه ان قتله قوم يرى الناس ان ذلك القتيل لو خلى بينه وبينهم كان ينتصف منهم فلهم سلبه والا فلا وتمامه فى شرح السير الكبير (قوله وفى التتارخانية الخ) وكذا فى شرح السير الكبير لو قال فى دار الحرب قبل

ان يلقوا قتالا من قتل قتيلا فله سلبه جاز ويبقى حكم هذا التنفيل الى ان يخرجوا من دار الحرب حتى لو رأى مسلم مشركا نائما او غافلا في عمل فقتله فله سلبه كما لو قتله في الصف أو بعد الهزيمة أما لو قال ذلك بعد ما اصطفوا للقتال فهو على ذكر القتال حتى ينقضي ولو بقي أياما (قول المصنف وينفل بعد الاحراز من الخمس الخ) في المنبع عن الذخيرة لا خلاف بين العلماء ان التنفيل قبل الاصابة واحراز الغنيمة وقبل ان تضع الحرب أوزارها جائز ويوم الهزيمة ويوم الفتح لا يجوز لان القصد به التحريض على القتال ولا حاجة اليه اذا انهزم العدو وظهر المسلمون لانهم لا يتقاعدون عن القتال حينئذ بل يبالغون بلا تحريض فيتضمن ابطال حق

الغانمين والفقراء بلا نفع ولذا لا ينبغي قبل الهزيمة والفتح من غير استثنائهما بل يقيد فيقول من قتل قتيلا قبل الفتح والهزيمة فله سلبه ولو أطلق بقي فيهما ألا ترى ان عامة القتلى والاسارى يوم بدر كان بعد الهزيمة وقد سلموا لمن أخذهم

وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط والسلب للكل ان لم ينفل وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه

وأما بعد الاحراز فلا يجوز الا من الخمس اذا كان محتاجا لانه حق المحتاجين ولا ينبغي ان يضع ذلك في المحتاجين والمراد بالاحراز ان تقع الغنيمة في أيدي العسكر والسرية اهـ ملخصا كذا في شرح المقدسي لكن الذي في الزيلعي وغيره تفسير الاحراز بدار الاسلام ومفاده جواز التنفيل قبل الخمس يوم الفتح والهزيمة الا ان يقال انه غير معتبر المفهوم بدليل ما مر ولما في شرح السير الكبير قال أبو حنيفة لا نفل بعد احراز الغنيمة وأهل الشام يجوزونه بعد الاحراز وما قلنا دليل على فساد قولهم لان التنفيل للتحريض وذلك قبل الاصابة لا بعدها ولانه لاثبات الاختصاص ابتداء لا لابطال حق ثابت للغانمين وفي التنفيل بعد الاصابة ابطال الحق ثم أجاب عما ورد من التنفيل بعد الاحراز بانه كان من الخمس (قوله فان ظاهر ما في الذخيرة عدم الحرمة) قال في النهر ممنوع بل ظاهر في الحرمة كما قاله الشارح لان ابطال حق الغير لا يجوز اهـ وأما تعبيره بلا ينبغي فلا يقتضي عدم الحرمة لانه غير مطرد فيما تركه أولى ألا ترى الى

التنفيل فليس له أن ينفل الا اذا رضي العسكر بنفله فيجوز من الاربعة الاخماس وان لم ينهه له ذلك لانه قائم مقام الامام ولو نفل الامام السرية بالثلث بعد الخمس ثم ان أميرها نفل لفتح الحصن أو للمبارزة بغير أمر الامام فان نفل من حصة السرية يجوز ولا يجوز من سهام العسكر الا اذا رجعت السرية الى دار الاسلام قبل لحاق العسكر فان نفل أميرهم جائز من جميع ما أصابوا لانه لا شركة للعسكر معهم فجاز نفل أمير السرية وبطل نفل أمير العسكر ولا فرق في النفل بين أن يكون معلوما أو مجهولا فلو قال من جاء منكم بشيء فله منه طائفة فجاء رجل بمتاع وآخر بثياب وآخر برؤس فالرأي للامير ولو قال له منه قليل أو يسير أو شيء أعطاه أقل من النصف والجزء النصف وما دونه وسهم رجل من القوم يعطيه سهم الراجل ولو قال من جاء بالف فله ألفان فجاء بالف لا يعطى الا الالف ولو قال من جاء بالاسير فله الاسير وألف درهم فانه يعطى ذلك والفرق وتمام التفريعات في المحيط والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة الزائد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك أيضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان (قوله وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط) لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز ولا حق للغانمين في الخمس والمعطى من المصارف له والتنفيل منه اعطاؤه باعتبار الصرف الى أحد الاصناف الثلاثة ولذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضعه في الغني ويجعله نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم اهـ لكن تصريحهم بانه تنفيل يدل على جوازه للغني ومن العجيب قول الزيلعي لا يجوز للغني فان ظاهر ما في الذخيرة عدم الحرمة (قوله والسلب للكل ان لم ينفل) أي لا يختص به القاتل عندنا لانه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم بينهم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيش بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وأما قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه فيحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فحملناه على الثاني لما روينا (قوله وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه) أي السلب ما ذكر للعرف وفي المغرب السلب المسلوب وعن الليث والازهري كل ما على الانسان من اللباس فهو سلب وللفقهاء فيه كلام اهـ وفي القاموس السلب بالتحريك ما يسلب وجمعه اسلاب ودخل في مركبه ما كان عليه من سرج وآلة وما مع المقتول شامل لما كان في وسطه أو على دابته وما عدا ذلك مما هو مع غلامه أو في بيته أو في خيمته فليس بسلب أطلقه فشمل ما اذا كان السلب عند المشرك عارية من صبي أو امرأة لانه يستغنم مالهما كمال البالغ وما اذا كان السلب ملكا لمسلم دخل دارهم بامان فغصبه المشرك

المقتول لانه ملكه بالاستيلاء وانقطع ملك المسلم عنه ولو أخذ المشركون سلب المقتول ثم انهزموا فهو غنيمة ولاشئ للقاتل لانهم ملكوه بالاستيلاء فبطل ملك القاتل ثم ملكه الغزاة وان لم يدرأنهم أخذوه فان كان منزوعا عنه فهو فيء لاثبات يدهم عليه بالنزع والا فهو للقاتل وان جره المشركون أوحملوه على دابته وعليها سلاحه بخلاف ما اذا حملوا أسلحتهم وأمتعتهم عليها فانه فيء ولو وجد على دابة بعدما سار العسكر مرحلة أو مرحلتين ولا يدرى أكان في يد أحد أولا فهو للقاتل قياسا لا استحسانا ولو قال من قتل قتيلا فله فرسه فقتل راجلا ومع غلامه فرسه قائم بجنبه بين الصفين يكون للقاتل فرسه اذا كان فرسه مع غلامه بقرب منه لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا كذلك وان لم يكن بجنبه في الصف فلا يكون له ولو قتل مشركا على برذون كان له لانه يسمى فارسا ولو كان على حمار أو بغل أوجمل لا يستحق السلب لان راكب هذه الاشياء لا يسمى فارسا ولذا لا يستحق سهم الفارس كذا في المحيط وبه علم ان ماذكره الشارح عن المحيط بانه قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه سبق قلم وانما المذكور في المحيط فله فرسه والدليل عليه انه قال آخرا ولو كان راكبا على بغل ونحوه لا يكون له ولو كان التنفيل بلفظ السلب لاستحقه لان المركب أعم منه ومن الفرس قال في القاموس المركب كمقعد واحد مراكب البر والبحر اه وفي الهداية ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامير من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم فاستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها هذا عند أبي وأبي يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب والشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف اه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب استيلاء الكفار﴾

شامل لشيئين استيلاء بعضهم على بعض واستيلائهم على أموالنا فقدم الاول (قوله سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب لان الكلام فيما اذا كان الكل في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب فكذا بهذا السبب وفي القاموس الروم بالضم جيل من ولد الروم بن عيصو ورجل رومي والجمع روم والترك بالضم جيل من الناس والجمع أتراك اه فما في النهاية من أن الترك جمع التركي والروم جمع الرومي فيه نظر لا يخفى (قوله وملكنا مانجده من ذلك ان غلبنا عليهم) اعتبارا بسائر أملاكهم أطلقه فشمل ما اذا كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ولذا حل لنا أن نشتري ماغنمه احدى الطائفتين من الاخرى لما ذكرنا وفي الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيأ لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فانه على ملكهم وأما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أومالا ينبغي أن يقال ان كان بين المأخوذ والآخذ قرابة محرمية كالامية أوكان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا بذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قهر آخر ملكه جاز الشراء والا فلا كذا في فتح القدير (قوله وان غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي لا يملكونها لان

﴿باب استيلاء الكفار﴾ سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها وملكنا مانجده من ذلك ان غلبنا عليهم وان غلبوا على أموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها

قول الهداية وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا وقولها ولا ينبغي ان يباع السلاح منهم وقول المتن في الايمان ومن حلف على معصية ينبغي ان يحنث وهو شائع في كلامهم (قوله سبق قلم) قال الرملي أي من بعض النساخ والذي في نسختنا من الزيلعي فله فرسه كما في المحيط

﴿باب استيلاء الكفار﴾ (قوله فما في النهاية من ان التركي الخ) قال في النهر لا مخالفة بينهما بوجه فان كلا من الروم والترك اسم جنس جمعي حتى يفرق بينه وبين مفرده بالياء كزنج وزنجي وغاية الامر ان الترك الذي هو جمع تركي جمع على اتراك وهذا لا ينفيه صاحب النهاية

الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم وهذا لان العصمة ثبتت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع واذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل قيد بالاحراز لانهم لو استولوا عليها فظهرنا عليهم قبل الاحراز فانها تكون لملاكها بغير شئ ولو اقتسموها في دارنا لم يملكوا وفي المحيط يفرض علينا اتباعهم ومقاتلتهم لاستنقاذ الاموال من أيديهم ما داموا في دار الاسلام وان دخلوا بها دار الحرب لا يفترض علينا اتباعهم والاولى اتباعهم بخلاف الذرارى يفترض اتباعهم مطلقا وأفاد المصنف رحمه الله انهم لو أسلموا فلا سبيل لاربابها عليها كذا في شرح الطحاوى (قوله وان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجانا وبعدها بالقيمة) لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمته أطلقه فشمل ما اذا ترك أخذه بعد العلم به زمانا طويلا بعد الاخراج من دار الحرب كما سيأتي وأشار بقوله بقيمته الى ان الكلام في القيمي لان النقدين والمكيل والموزون لا سبيل له عليه بعد القسمة لانه لو أخذه أخذه بمثله وذلك لا يفيد وقبل القسمة يأخذه مجانا كذا في المحيط وفي التتارخانية عبد لمسلم سباه أهل الحرب فأعتقه سيده ثم غلب عليه المسلمون أخذه مولاه بغير شئ وذلك العتق باطل ولو أعتقه بعد ما أخرجه المسلمون قبل القسمة جاز عتقه عبد لمسلم أسره العدو وأحرزه بدارهم ثم انفلت منهم وأخذ شيئا من أموالهم وخرج هاربا الى دار الاسلام فأخذه مسلم ثم جاء مولاه لم يأخذه منه الا بالقيمة في قول محمد وما في يده من المال فهو لمن أخذه ولا سبيل للمولى عليه وأما في قياس قول أبي حنيفة فان المولى يأخذ العبد بغير شئ لانه لما دخل دار الاسلام صار فيأ لجماعة المسلمين يأخذه الامام ويرفع خمسه ويقسم أربعة أخماسه بين الغانمين ثم رجع محمد عن قوله وقال اذا أخذه مسلم فهو غنيمة آخذه وأخمسه اذا لم يحضر المولى واجعل أربعة أخماس العبد والمال الذى معه للآخذ فان جاء مولاه بعد ذلك أخذه بالقيمة وان جاء مولاه قبل أن يخمس أخذه بغير شئ اه وفي الملتقط عبد أسره أهل الحرب وألحقوه بدارهم ثم أبق منهم يرد الى سيده وفي رواية يعتق اه (قوله وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم) أي لو اشترى ما أخذه العدو منهم تاجر وأخرجه الى دار الاسلام أخذه مالكه القديم بثمنه الذى اشترى به التاجر من العدو لانه يتضرر بالاخذ مجانا ألا ترى انه وقع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اختلف المولى والمشترى منهم في قدر الثمن فالقول قول المشترى بيمينه الا أن يقيم المالك البينة كذا في المحيط وفي التتارخانية وان أقام أحدهما بينة قبلت وان أقاما فعلى قولهما البينة بينة المولى القديم وقال أبو يوسف بينة المشترى أراد بالثمن البدل فشمل ما اذا اشتراه بعرض فانه يأخذه بقيمة العرض ولو كان البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه ويرد على

(قوله وهذا الان العصمة الخ) أي وكونه مباحا بعد الاحراز لان العصمة ثبتت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا فانه يقتضى اباحة الاموال بكل حال وانما ثبتت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا كذا في الفتح (قوله والمحظور لغيره الخ) جواب عن قول الشافعي والمحظور لا ينتهض سببا للملك بان ذاك في المحظور لنفسه أما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب كما في الصلاة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك الدنيوى كذا في الفتح (قوله وفي التاتارخانية وان أقام أحدهما بينة الخ) قال فيها بعد هذه المسئلة هذا الذى ذكرنا كله اذا اختلفا في مقدار الثمن الذى اشتراه المشترى من العدو أما اذا اختلفا في مقدار قيمة العوض الذى اشتراه من العبد وأقاما جميعا البينة ذكر محمد ان البينة بينة المشترى من العدو وقال وهذا قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة في هذه المسئلة اه

وان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجانا وبعدها بالقيمة أو وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم

المصنف مالو اشتراه التاجر بمثله قدرا او وصفا فانه لا يأخذه المالك القديم لعدم الفائدة سواء كان البيع صحيحا أو فاسدا بخلاف ما اذا كان باقل منه قدرا أو بارد أمنه وصفا فان له ان يأخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه فهو في الحقيقة فداء لا عوض فلو كان اشتراه بمثله نسيئة فليس للمالك أخذه ولو كان اشتراه بخمر أو خنزير لم يكن للمالك أخذه باتفاق الروايات ولو أسر المشركون ألف درهم نقدا بيت المال لرجل وأحرزوها فاشتراها التاجر بألف درهم غلة وتفرقوا عن قبض لم يكن للمالك ان يأخذها على الروايات كلها بمثل الغلة التي نقدها كذا في التتارخانية مع انه في الاخيرة مشكل لانه ارد أمنه وصفا فينبغي ان يكون للمالك الاخذ وههنا مسائل لا بأس بايرادها تكثيرا للفوائد منها ان العين المحرزة لو كانت في يد مستأجر أو مودع أو مستعير هل له المخاصمة والاسترداد أم لا قالوا للمستأجر أن يخاصم في المغنوم ويأخذه قبل القسمة بغير شئ وكذا المستعير والمستودع واذا أخذه المستأجر عاد العبد الى الاجارة وسقط عنه الاجر في مدة أسره وان كان بعد القسمة فللمستأجر أخذه بالقيمة فان أنكر الذي وقع في سهمه الاجارة فأقام المستأجر البينة قبلت بينته وثبتت الاجارة وليس للمستعير والمستودع المخاصمة بعد القسمة فكانا بمنزلة الاجنبي ومنها لو وهبها العدو لمسلم فأخرجها الى دار الاسلام أخذها المالك بقيمتها لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ومنها لو أسر العدو الجارية المبيعة قبل القبض ونقد الثمن ثم اشتراها رجل منهم يأخذها البائع بالثمن ولا يكون متطوعا لانه يحيي به حقه فيرجع به على المشتري والثمن الثاني واجب على المشتري الثاني بعقده ومنها اذا وقع العبد المأسور في سهم رجل فدبره أو أعتقه جاز ولم يبق للمولى عليه سبيل لان المأسور منه لا يملك نقض تصرف المالك في المأسور ولو زوجها وولدت من الزوج له أخذها وولدها الا ان التزويج لا يمنع النقل ولا يفسخ النكاح وان أخذ عقرها أو أرش جناية عليها فليس للمولى عليها سبيل لان الولد من اجزائها وهي كانت ملكا له والعقر والارش لم يكن من أجزائها وانما وجب في ملك مستأنف للمشتري ولانهما من ذوات الامثال فلا تجري فيهما المفاداة لانها لا تفيد ومنها ان للوصي أن يأخذ المأسور لليتيم من مشتريه بالثمن ولا يأخذه لنفسه بشرط أن يكون الثمن مثل قيمته ومنها لو رهنه المشتري فليس لمولاه عليه سبيل حتى يفتكه ولا يجبر على الافتكاك الا أن يتطوع باداء الدين ثم يعطي الثمن فله ذلك بخلاف ما اذا آجره المشتري فللمولى أخذه وابطال الاجارة لانها تنفسخ بالاعذار وهذا عذر بخلاف الرهن ومنها لو أسروا عبدا في عنقه جناية أو دين فرجع الى مولاه القديم فالكل في رقبته وان لم يرجع اليه أو رجع بملك مبتدأ فجناية العمد والدين بحاله وسقطت جناية الخطأ لان العمد متعلق بروحه والدين بذمته واما الخطأ فتعلق بماليته ابتداء فاذا خرج عن ملك المولى الى ملك من لا يخلفه بطل الكل كما في المحيط (قوله وان فقأ عينيه وأخذ أرشه) وصلية أي للمالك أن يأخذه بالثمن من التاجر وان كانت عينه فقئت وأخذ التاجر أرشها يعني لا يحط شيئا من الثمن ولا يأخذ المالك الارش اما الاول فلان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما هنا الملك صحيح فافترقا واما الثاني فلان الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد وظاهر ما في فتح القدير ان الفاقئ غير التاجر فانه قال ولو أنه فقأ عينه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الاول أخذه من الفاقئ بقيمته أعمى عند أبي حنيفة وقالا بقيمته سليما وهي التي أعطاها الفاقئ للمولى والفرق

وان فقأ عينيه وأخذ أرشه

(قوله لم يكن للمالك أخذه) قال في النهر يعني بالخمر والخنزير ومقتضى ما مر انه يأخذه بقيمة نفسه وبه صرح في السراج اه وعبارة صاحب السراج في الجوهرة وان اشتراه بخمر أو خنزير أخذه بقيمة الخمر وان شاء تركه انتهت وفي التاتارخانية ولو كان المشتري اشترى هذا الكر منهم بخمر أو خنزير وأخرجه الى دار الاسلام لم يكن للمالك القديم ان يأخذه على الروايات كلها اه والذي يظهر ان المبيع ان كان مثليا أخذه بقيمة الخمر وان كان قيميا فبقيمته نفسه والاول محمل كلام الجوهرة والثاني محمل كلام السراج ولا ينافيه ما في التاتارخانية فتأمل وراجع

فان تكرر الاسر والشراء أخذه الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك وان

لابي حنيفة ان فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسئلة الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه اهـ وصرح في المحيط بأن المشتري اذا فقأ عينها فالحكم كذلك وعن محمد انه تسقط حصته من الثمن وهذا بمنزلة الشفعة اذا هدم المشتري البناء سقط عن الشفيع حصة البناء فكذا هذا اهـ فعلى رواية محمد لا فرق بين مسئلة الكتاب والشفعة اذ الوصف لا يقابله شئ الا اذا صار مقصودا بالاتلاف وهو موافق لما ذكروه في البيوع لكن ظاهر الهداية الفرق بين مسئلة الكتاب والشفعة وهو الحق ولا فرق في الفاقئ بين أن يكون التاجر أو غيره ولهذا قال الشارح الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن في ملك صحيح بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراءه من غير رضا الشفيع مكروه وملكه ينتقض من غير رضاه فاشبه البيع الفاسد اهـ ولو أخرجه المشتري من العدو عن ملكه بعوض يأخذه المالك القديم بذلك العوض ان كان مالا وان كان غير مال كالصلح عن دم أو هبة أخذه بقيمته ولا ينقض تصرفه بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشتري فينتقض تصرف المشتري لاجله والتقييد بالعين اتفاقي لان اليد لو قطعت فالحكم كذلك ولو ولدت الجارية عند المشتري فاعتق المشتري أحدهما أخذ الباقي منهما بجميع الثمن لان الفداء لا يتوزع ما بقي شئ من الاصل أو ما تولد منه وعن محمد ان أعتق الام أخذ الولد بحصته من الثمن وليس الولد كالارش كذا في المحيط وفي المغرب فقأ العين غارها بان شق حدقتها والقلع أن ينزع حدقتها بعروقها والارش دية الجراحات والجمع أروش اهـ (قوله فان تكرر الاسر والشراء أخذ الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين) يعني لو أسر العبد مرتين واشتراه في المرة الاولى رجل وفي الثانية رجل آخر كان حق الاخذ من المشتري الثاني للمشتري الاول بما اشترى لان الاسر ورد على ملكه وأفاد انه ليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني ولو كان المشتري الاول غائبا أو كان حاضرا الا انه أبى عن أخذه لان الاسر ما ورد على ملكه فاذا أخذه المشتري الاول من الثاني بثمنه فقد قام عليه بالثمنين فكان للمالك القديم أن يأخذ بالثمنين ان شاء من المشتري الاول لانه قام عليه بهما وأفاد بتعبيره بالاخذ المفيد للتخليص أن المشتري الاول لو اشتراه من الثاني ليس للقديم أخذه لان حق الاخذ ثبت للمالك القديم في ضمن عود ملك المشتري الاول ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشراء الجديد منه وقيد بتكرر الشراء لان المشتري الاول لو كان وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كما لو وهب الكافر لمسلم وقيد بتكرر الاسر لانه لو لم يتكرر كما اذا باع المشتري من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به ان مثليا فبمثله وان قيميا بان كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني فيأخذه من المشتري الاول بالثمن للاول الا رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاولى والوجه في المبسوط (قوله ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك) يعني بالغلبة لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه ثبتت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء انهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شئ وعوض الامام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته ولو اشترى ذلك تاجر منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض (قوله وان

يد اليهم جعل فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا والتقييد بالجعل اتفاقي وانما المقصود الدابة كما عبر بها في المحيط وفي المغرب ند البعير نفر ندودا من باب ضرب (قوله وان أبق اليهم قن لا) أي لا يملكونه بالاخذ عند أبي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد في دار الاسلام لان يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عنده يأخذه المالك القديم بغير شئ موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه أطلق في المالك للقن فشمل المسلم والذمي وأطلق القن وهو مقيد بكونه مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فأخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمي تبع لمولاه وفي العبد الذمي اذا أبق قولان ذكره مجد الائمة كذا في فتح القدير وفي شرح الوقاية الخلاف فيما اذا أخذوه قهرا وقيدوه وأما اذا لم يكن قهرا فلا يملكونه اتفاقا اهـ (قوله ولو أبق بفرس أو متاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجانا وغيره بالثمن) يعني عند الامام رضي الله عنه وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن اعتبارا للحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد ولا تكون يده على نفسه مانعة من استيلاء الكفار على ما معه لقيام الرق المانع للملك بالاستيلاء كغيره وفي القاموس المتاع المنفعة والسلعة والاداة وما تمتعت به من الحوائج اهـ والمراد الثاني هنا (قوله وان ابتاع مستامن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق) بيان لمسئلتين الاولى أن الحربي اذا دخل دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رحمه الله أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا أسلمت المرأة في دار الحرب قيد بكون الحربي ملكه في دار الاسلام لان العبد المسلم اذا أسره الحربي من دار الاسلام وأدخله داره لا يعتق عليه اتفاقا أما عندهما فظاهر وأما عنده فالمانع من عمل المقتضى عمله وهو حق استرداد المسلم وعلى الخلاف السابق لو أسلم عبد الحربي ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال قهره الى المشتري فصار كما لو كان في يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان اسلامه يوجب ازالة قهره عنه الا أنه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله أثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع والتقييد بايمان العبد اتفاقي اذ لو كان ذميا فالحكم كذلك لانه يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب كما في النهاية الثانية لو أسلم عبد لحربي ثم خرج الينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله تعالى وقيد بخروجه أو ظهورنا لانه اذا أسلم ولم يوجد أحدهما فهو رقيق الى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق وفي شرح الطحاوي اذا لم يوجد لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع

ند اليهم جمل فاخذوه ملكوه وان أبق اليهم قن لا ولو أبق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجانا وغيره بالثمن وان ابتاع مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق

مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري البيع أو لم يقبل لانه لما عرضه فقد رضي بزوال ملكه
والتقييد بإباقه في دار الحرب اتفاقي إذ لو خرج مراغما لمولاه فأمن في دار الإسلام فالحكم كذلك
بخلاف ما إذا خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجته فأسلم في دارنا فان حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه
لمولاه الحربي لانه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به ومعه من المال
وفي شرح الطحاوي ولا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي والله سبحانه
وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

«باب المستأمن»

دخل تاجرنا ثم حرم تعرضه لشيء منهم فلو أخرج شيأ ملكه ملكا محظورا فيتصدق به

«باب المستأمن»

أخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء يكون بالقهر والاستئمان يكون بعد القهر (قوله دخل تاجرنا ثم حرم تعرضه لشيء منهم) أي دخل المسلم دار الحرب بأمان وعبر عنه بالتاجر لانه لا يدخل دارهم الا بأمان حفظا لماله وانما حرم عليه لانه ضمن بالاستئمان أن لا يتعرض لهم فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد قيد بالتاجر لان الاسير يباح له التعرض وان أطلقوه طوعا لانه غير مستأمن فهو كالمتلصص فيجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفرج لانه لا يحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بدارنا الا اذا وجد من لم يملكه أهل الحرب من امرأته وأم ولده ومدبرته فيباح له وطؤهن الا اذا وطئهن أهل الحرب فتجب العدة للشبهة فلا يجوز وطؤهن حتى تنقضي عدتهن بخلاف أمته المأسورة لا يحل وطؤها مطلقا لانها مملوكة لهم وأطلق الشيء فشمل النفوس والاموال حتى أمة التاجر المأسورة لانها من أملاكهم ولا يدخل تحته زوجته وأم ولده ومدبرته لانهن غير مملوكات لهم فيجوز للتاجر التعرض لهن وكذا لو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذراريهم فروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان المأخوذ ذراري الخوارج لانهم مسلمون ومن الفروع النفيسة ما في المبسوط لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل الا لذلك أو لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتال هؤلاء الا اعلاء كلمة الكفر اه وفي المحيط مسلم دخل دار الحرب بأمان فجاء رجل من أهل الحرب بأمه أو بأم ولده أو بعمته أو بخالته قد قهرها يبيعها من المسلم المستأمن لا يشتريها منه لان الحربي ان ملكها بالقهر فقد صارت حرة فاذا باعها فقد باع الحرة ولو قهر حربي بعض احرارهم ثم جاء بهم الى المسلم المستأمن فباعهم منه ينظر ان كان الحكم عندهم ان من قهر منهم صاحبه فقد صار ملكه جاز الشراء لانه باع المملوك وان لم يملكه لا يجوز لانه باع الحر (قوله فلو أخرج شيأ ملكه ملكا محظورا فيتصدق به) لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر فيه لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه أفاد بالحظر مع وجوب التصدق انه لو كان المأخوذ عنده جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه

فان أدانه حربي أوادان حربيا أوغصب أحدهما صاحبه وخرجا الينا لم يقض بشيء وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم استأمنا وان خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما لا بالغصب مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطا ولاشيء في الاسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم أسلم ثمة

لان المنع منه لثبوت حق البائع في حق الاسترداد وبيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهناك الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالاول فيه وفي الولوالجية مسلم تزوج امرأة في دار الحرب وكانت كافرة فأعطى للاب صداقها فاضمر في قلبه انه يبيعها فخرج بها الى دار الاسلام فأراد بيعها فالبيع باطل وهي حرة يريد به اذا خرجت معه طوعا لان أهل الحرب انما يملكون بالقهر في دار الحرب فاذا لم يقهر في دار الحرب وخرجت معه الى دار الاسلام بغير قهر لا تصير ملكا له اه وفي فتح القدير واعلم انهم أخذوا في تصويرها ما اذا أضمر في نفسه انه يخرجها ليبيعها ولا بد منه لانه لو أخرجها كرها الا لهذا الغرض بل لاعتقاده ان له أن يذهب بزوجته حيث شاء اذا أوفاها معجل مهرها ينبغي ان لا يملكها اه وقيد بالاخراج لانه اذا غصب شيأ في دار الحرب وجب عليه التوبة وهي لا تحصل الا بالرد عليهم فاشبه المشتري شراء فاسدا كذا في المحيط (قوله فان أدانه حربي أوادان حربيا أوغصب أحدهما صاحبه وخرج الينا لم يقض بشيء) أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا قيد بالقضاء لان المسلم يفتى برد المغصوب وان كان لا يحكم عليه به لانه غدر كذا ذكره الشارح وسكت عن الافتاء بقضاء الدين وفي فتح القدير يفتى بانه يجب عليه قضاء الدين فيما بينه وبين الله تعالى وذكر الشارحون ان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين والظاهر عدم تخصيصه بالبيع وانه لا يشمل القرض لما في القاموس من أدان واستدان وتدين أخذ دينا والدين ماله أجل وما لا أجل له فقرض وادان اشترى بالدين أو باع بالدين ضد اه مع انه في الحكم هنا لا فرق بينهما لان أحدهما لو أقرض الآخر في دار الحرب شيأ ثم خرجا لم يقض بشيء (قوله وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا) أي الادانة والغصب ثم دخلا دارنا بأمان لم يقض بشيء لما بيناه وفي المحيط خرج حربي مع مسلم الى العسكر وادعى المسلم انه أسيره وقال مستأمنا فالقول للحربي الا اذا قامت قرينة ككونه مكتوفا أو مغلولا أو كان مع عدد من المسلمين (قوله وان خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما لا بالغصب) أي أسلم الحربيان في دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعد الادانة أو الغصب لان المداينة وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وأما الغصب فلما بيناه انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وقد قدمنا ان المسلم اذا دخل دارهم بأمان فادانه حربي أو غصب منهم شيأ يفتى بالرد وان لم يقض عليه (قوله مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ) أي تجب الدية في مال القاتل لا على العاقلة سواء كان القتل عمدا أو خطأ أما الكفارة فلاطلاق الكتاب به والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكنه استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة بدون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (قوله ولاشيء في الاسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة) وهذا عند أبي حنيفة وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم

(قوله والظاهر عدم تخصيصه بالبيع وانه لايشمل القرض) كذا في بعض النسخ وفي بعضها وظاهره تخصيصه بالبيع وانه لايشمل القرض وفي بعضها وظاهره عدم تخصيصه الخ وهذا هو المناسب قال في النهر بعد ذكره مافي القاموس لكن في المغرب أدنته ودينته أقرضته وعلى هذا فما في الكتاب يشمل القرض أيضا لكن في طلبة الطلبة اذان بالتشديد من باب الافتعال أي قبل الدين والدين غير القرض لان القرض اسم لما يقرض ويقبض والدين اسم لما يصير في الذمة وقد قيل ان اسم الدين شامل لجميع

ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فبطل الاحراز أصلا وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا وهو المشبه به فى المختصر وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة فى العمد عندنا والله أعلم

﴿فصـــل﴾ تأخير استئمان الكافر عن المسلم ظاهر (قوله لا يمكن مستأمن أن يقيم فينا سنة وقيل له ان أقمت سنة وضع عليك الجزية) لان الحربى لا يمكن من اقامة دائمة فى دارنا الا باسترقاق أو جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان فى منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية قيد بالمستأمن لانه لو دخل دارنا بلا أمان فهو وما معه فىء فان قال دخلت بأمان لم يصدق وأخذ ولو قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف ذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا يأمن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فيئا وان دخل دار الاسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبى حنيفة بل يكون فيئا لجماعة المسلمين وظاهر قولهما انه يختص به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبى حنيفة يؤخذ ويكون فيئا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يخرج كذا فى فتح القدير وفى المحيط اذا دخل دارنا بلا أمان فهو فىء عند الامام أخذ قبل الاسلام أو بعده وعندهما ان أسلم قبل الاخذ فهو حر ولو رجع هذا الحربى الى دار الحرب خرج من أن يكون فيئا وعاد حرا ولو قال رجل من المسلمين انا أمنته لم يصدق الا أن يشهد رجلان غيره انه أمنه (قوله فان مكث سنة فهو ذمى) ان مكث المدة المضروبة فهو ذمى لانه لما أقامها بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا فراده من السنة ما وقته الامام له سواء كانت سنة أو أقل كالشهر والشهرين وظاهر ما فى الكتاب ان قول الامام له ما ذكر شرط لكونه ذميا فلو مكث سنة قبل مقال الامام له لا يكون ذميا وبه صرح العتابى فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم الامام اليه فله الرجوع قيل ولفظ المبسوط يدل على خلافه والاوجه الاول كما فى فتح القدير ودل كلامه على انه لا جزية عليه فى حول المكث لانه انما صار ذميا بعده فتجب فى الحول الثانى الا أن يكون شرط عليه انه ان مكث سنة أخذها منه وقد ذكروا ان من أحكام الذمى جريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا أتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه حتى قال فى فتح القدير تحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم وفى فتح القدير واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن أن يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل بالذى دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا ونشابا أو رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه فان كان مثل الاول أو دونه يمكن ولو مات المستأمن فى دارنا وقف ماله لورثته فاذا قدموا وبرهنوا أخذوه ولو كان الشهود أهل ذمة أخذ منهم كفيلا ولا يقبل كتاب ملكهم (قوله فلم يترك أن يرجع اليهم) أى لا يمكن المستأمن بعد الحول من الرجوع الى أهل الحرب لان عقد الذمة لا ينقض لكونه خلفا عن الاسلام كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين وظاهره انه لا يمكن من العود الى دار الحرب للتجارة أو لقضاء حاجة ولو بعدت المدة وهو يقتضى منع الذمى من دخول دار الحرب (قوله كما لو وضع عليه الخراج) أى فلا يمكن من العود الى دار الحرب لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام فى دارنا قيد بوضعه لان بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة وصححه الشارح وهو ظاهر الرواية كما فى السراج الوهاج وفسر فى النهاية وضعه بالتوظيف عليه

﴿فصـــل﴾ لا يمكن مستأمن أن يقيم فينا سنة وقيل له ان أقمت سنة وضع عليك الجزية فان مكث بعده سنة فهو ذمى فلم يترك أن يرجع اليهم كما لو وضع عليه الخراج

ما يجب فى الذمة بالعقد والاستهلاك أو بالاستقراض كذا فى السراج وحاصله ان من قصر المداينة على البيع بالدين شدد ومن أدخل القرض ونحوه خفف وهو أولى اهـ

﴿فصل تأخير استئمان الكافر﴾ (قوله لانه يصير عينا لهم الخ) قال الرملى هذه العلة تنادى بحرمة تمكينه سنة بلا شرط وضع الجزية عليه ان هو أقامها تأمل (قوله وان دخل دار الاسلام بلا أمان الخ) قال الرملى يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى وهو انه يخرج كثيرا من سفن أهل الحرب جماعة منهم للاستقاء من الانهر التى بالسواحل الاسلامية فيقع فيهم بعض منا فيأخذهم

(قوله بخلاف ما إذا كان على المالك) أي بأن كان خراج وظيفة وهذا التفصيل هو الصواب كما بينه السرخسي في شرح السير الكبير فإنه قال وإن استأجرها وأقام حتى زرعها فأخذ منه الخراج كان ذميا أيضا وهذا غلط بين فإن الخراج لا يجب على المستأجر وإنما يجب على الآجر إلا أن يكون مراده خراج المقاسمة وذلك جزء من الخارج بمنزلة العشر فيكون على المستأجر عند محمد كالعشر فأما خراج الوظيفة فدراهم في ذمة الآجر تجب باعتبار تمكنه من الانتفاع بالأرض اهـ ثم ذكر المسألة أواخر الكتاب في باب ما يصير به الحربي ذميا فقال ولو استأجر أرض الخراج فزرعها فخراجها على صاحبها لا على المزارع لأن الخراج

أو نكحت ذميا لا عكسه

يجب بإزاء المنفعة والمنفعة في الحقيقة حصلت لرب الأرض لأن البدل حصل له فلا يصير الحربي ذميا بالزراعة لأن الخراج لم يؤخذ منه ولو كانت خراجها مقاسمة بنصف الخارج فزرعها الحربي ببذره فعند أبي حنيفة يجب خراج الأرض على المالك وعندهما على المزارع في الخارج لأن خراج المقاسمة بمنزلة العشر ومن استأجر أرض العشر فزرعها فالعشر عنده على المالك وعندهما على المزارع في الخارج اهـ ملخصا

وفي فتح القدير والمراد بوضعه إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته وهو بمباشرة السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة فإنه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما إذا كان على المالك ولا يظن بوضع الإمام وتوظيفه أن يقول وظفت على هذه الأرض الخراج ونحوه لأن الإمام قط لا يقوله بل الخراج من حين استقر وظيفة للأرض استمر على كل من صارت إليه واستمرت في يده اهـ وأطلق في وضع الخراج فشمل جميع أسباب التزامه فلو استعارها المستأمن من ذمي صار المستعير ذميا وفي التتارخانية إذا اشترى المستأمن أرض خراج فغصبت منه فإن زرعها الغاصب لا يصير المستأمن ذميا وإلا فهو ذمي لوجوبه عليه والصحيح أنه يصير ذميا في الوجهين وفي السراج لو زرع الحربي أرضه الخراجية وأصاب الزرع آفة لا يصير ذميا لعدم وجوب الخراج وفي الهداية وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه (قوله أو نكحت ذميا) يعني فلا تتمكن من الرجوع إليهم لأنها التزمت المقام تبعا للزوج فتكون ذمية فيوضع الخراج على أرضها وتقييد الزوج بالذمي ليفيد أنها تصير ذمية إذا نكحت مسلما بالأولى كما في فتح القدير لأن الكلام فيما إذا كانت كتابية كما في التتارخانية وأفاد بإضافة النكاح إليها أنه بمعنى العقد فتصير ذمية بمجرده من غير توقف على الدخول كما أشار إليه الشارح وظاهر كلام المصنف أن النكاح حادث بعد دخولها دارنا وهو ليس بشرط فلو قال أو صار لها زوج مسلم أو ذمي لكان أولى ليشمل ما إذا دخل المستأمن بامرأته دارنا ثم صار الزوج ذميا فليس لها الرجوع وكذا لو أسلم وهي كتابية بخلاف ما إذا أسلم وهي مجوسية وليشمل ما إذا تزوج مستأمن مستأمنة في دارنا ثم صار الرجل ذميا ولو أسلم وهي كتابية ثم أنكرت أصل النكاح فأقام الزوج بينة من المسلمين أو من أهل الذمة على أصل النكاح أو إقرارها به في دار الحرب لم يلتفت القاضي إلى هذه البينة وإن برهن على إقرارها به في دارنا قبلت ومنعت من اللحاق كما لو أقرت بين يدي القاضي كذا ذكره السرخسي وذكر الهندواني أنها تقبل مطلقا كذا في التتارخانية (قوله لا عكسه) أي لا يصير المستأمن ذميا إذا نكح ذمية لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام وكذا لو دخلا بأمان فأسلمت فله أن يرجع إلى دار الحرب وفي التتارخانية لو طالبته بصداقها فإن كان تزوجها في دار الإسلام فلها أن تمنعه الرجوع حتى يوفيها مهرها وإن كان تزوجها في دار الحرب فليس لها ذلك اهـ ويعلم منه حكم الدين الحادث في دارنا بالأولى وظاهره أنها إذا منعته للمهر فلم يقدر على وفائه حتى مضى حول كان ذميا وفي التتارخانية لو أن جندا من أهل الشرك أو قوما من أهل الحصن استأمنوا وهم في منعة القتال فأمنوهم وصاروا في أيدي المسلمين فأرادوا أن ينصرفوا إلى مأمنهم في دار الحرب لم يتركوا وصاروا ذمة اهـ وقد تقدم في الهداية في آخر كتاب الطلاق أنه جعل الحربي بالتزوج

وبه علم أن قوله في فتح القدير فإنه يؤخذ منه لا من المالك مبني على قولهما لا على قول الإمام (قوله فلو قال أو صار لها الخ) لا يخفى أن لفظ صار يفيد الحدوث أيضا (قوله بخلاف ما إذا أسلم وهي مجوسية) أي فإن القاضي يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ولها أن ترجع بعد انقضاء عدتها كما في شرح السير الكبير (قوله حتى مضى حول كان ذميا) أي بناء على القول بأنه لا يشترط تقدم الإمام إليه وهو خلاف الأوجه كما مر (قوله وقد تقدم في الهداية في آخر كتاب الطلاق) أي قبيل باب

في دار الإسلام ذميا فهو مناقض لما ذكره هنا وقدمنا جوابه (قوله فان رجع اليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين حل دمه) أي فان رجع المستأمن الى دار الحرب فقد جاز قتله لانه أبطل أمانه بالعود اليها وظاهره انه لا فرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذميا أو بعده لان الذمي اذا لحق بدار الحرب صار حربيا كما سيأتي وجواز قتله بعوده ليس موقوفا على كونه له دين أو وديعة فلو أسقطه لكان أولى (قوله فان أسر أو ظهر عليهم سقط دينه وصارت وديعته فيأ وان قتل ولم يظهر أو مات فقرضه ووديعته لورثته) بيان لحكم أمواله المتروكة في دار الإسلام اذا رجع الى دار الحرب فان أمانه بطل في حق نفسه فقط وأما في حق أمواله التي في دارنا فباق ولهذا يرد عليه ماله وعلى ورثته من بعده وفي السراج لو بعث من يأخذ الوديعة والقرض وجب التسليم اليه وحاصل المسئلة خمسة أوجه ففي ثلاثة يسقط دينه وتصير وديعته غنيمة الاول ان يظهروا على الدار ويأخذوه الثاني ان يظهروا ويقتلوه الثالث ان يأخذوه مسبيا من غير ظهور فقوله فان أسر بيان للثالث وقوله أو ظهر عليهم بيان للاولين لانه أعم من أن يقتلوه أولا لكن شامل لما اذا ظهر عليهم وهرب فان ماله يبقى له كما سيأتي فلا بد من التقييد في الظهور عليهم بأن يأخذوه أو يقتلوه وانما صارت وديعته غنيمة لانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه وانما سقط الدين لان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وينبغي أن تكون العين المغصوبة منه كدينه لعدم المطالبة وليست يد الغاصب كيده ولم يذكر المصنف حكم الرهن قالوا والرهن للمرتهن بدينه عند أبي يوسف وعند محمد يباع ويستوفي دينه والزيادة فيء للمسلمين وينبغي ترجيحه لان ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعة وهي فيء فلو قال المصنف وصار ماله فيئا لكان أولى لانه لا يخص الوديعة لان ما عند شريكه ومضاربه وما في بيته في دارنا كذلك وفي وجهين يبقى ماله على حاله فيأخذه ان كان حيا أو ورثته ان مات الاول أن يظهروا على الدار فيهرب الثاني ان يقتلوه ولم يظهروا على الدار أو يموت لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله ولو عبر بالدين بدل القرض لكان أولى ليشمل سائر الديون ثم اعلم أن ماله وان كان غنيمة لا خمس فيه وانما يصرف كما يصرف الخراج والجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين وفي التتارخانية وديعته في لجماعة المسلمين عند أبي يوسف وقال محمد تكون فيئا للسرية التي أسرت الرجل ويعتق مدبره الذي دبره في دارنا وأم ولده بأسره وفي المغرب ظهر عليه غلب وظهر على اللص غلب اهـ فينبغي ضبط المختصر بالبناء للمجهول كما لا يخفى ولم أر حكم ما اذا كان على المستأمن دين لمسلم أو ذمي أدانه له في دارنا ثم رجع ولا يخفى انه باق لبقاء المطالبة وينبغي أن يوفى من ماله المتروك ولو صارت وديعته فيئا اهـ (قوله وان جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثم وولد ومال عند مسلم أو ذمي أو حربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء) بيان لحكم ما تركه المستأمن في دار الحرب ثم صار من أهل دارنا اما باسلامه أو بصيرورته ذميا فتقييده باسلامه في المختصر ليفهم منه حكم الآخر بالاولى أما المرأة وأولاده الكبار فلانهم حربيون كبار وليسوا أتباعا وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا انه جزؤها وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يتبع أباه في الاسلام عند اتحاد الدار ومع تباين الدارين لا يتحقق ولذا أطلق في الولد ليشمل الكبير والصغير والجنين ولو سبي الصبي في هذه المسألة وصار في دار الإسلام فهو مسلم تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل اخراجه وهو فيء على كل حال وأما أمواله فانها لا تصير محرزة

النفقة عندنا قول المتن ولا تسافر مطلقة بولدها وقوله وقدمنا جوابه لم أر له جوابا هناك نعم قال في النهر هنا قال في النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة وما في بعض النسخ وقع سهوا اهـ يعني من الكاتب وهذا الجواب هو أيسر الاجوبة والله تعالى الموفق اهـ (قوله وينبغي ترجيحه الخ) قال في النهر أنت خبير بان تقديم قول أبي يوسف يؤذن بترجيحه وهذا لان الوديعة انما كانت فيئا لما مر من انها في يده حكما ولا كذلك الرهن اهـ قال بعض الفضلاء أقول لما كان الزائد على مقدار الدين في حكم الوديعة كان في يده حكما فالحق ما في البحر وأما حديث الترجيح بتقديم القول فليس بمطرد كما لا يخفى على من تتبع اهـ ونحوه في حواشي أبي السعود عن الحموي

فان رجع اليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين حل دمه فان أسر أو ظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيئا وان قتل ولم يظهر أو مات فقرضه ووديعته لورثته وان جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة وولد ومال عند مسلم أو ذمي أو حربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء

باحرازنفسه لاختلاف الدار بن فبقى الكل غنيمة وعمم المودع لعدم الفرق فان قلت قوله عليه السلام عصموا مني دماءهم وأموالهم تخالفه قلت هذا باعتبار الغلبة يعني المال الذي في يده وما هو في معناه بالعرف لان من دأب الشرع بناء الحكم على الغلبة كذا في البناية (قوله وان أسلم ثمة بجاءنا فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء) بيان لحكم متروك الحربي اذا أسلم في دار الحرب وجاء الينا مسلما وترك أمواله وأولاده ثم ظهرنا على أهل الحرب أما الولد الصغير فهو تبع لابيه حين أسلم اذ الدار واحدة فكان حرا مسلما وما كان من وديعة له عند مسلم أو ذمي فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فهو فيء فأما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة وشمل غيره العين المغصوبة في يد المسلم أو الذمي فيكون فيئا لعدم النيابة كذا في فتح القدير (قوله ومن قتل مؤمنا خطأ لاولي له أو حربيا جاءنا بامان فاسلم فديته على عاقلته للامام) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له لا انه يملكه الامام بل يوضع في بيت المال وهو المقصود من ذكره ههنا والا فحكم القتل الخطا معلوم ولذا لم ينص على الكفارة لما سيأتي في الجنايات فانه لاولي له ولو اقتصر على المسئلة الاولى لشملت الثانية لان الحربي اذا أسلم في دارنا ولم يكن معه وارث فانه لا ولي له وان كان له أولاد في دار الحرب (قوله وفي العمد القتل أو الدية لا العفو) أي لو قتل من لا ولي له عمدا خير الامام ان شاء قتله وان شاء أخذ الدية لبيت المال لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو السلطان لانه ولي من لا ولي له كما في الحديث وأخذه الدية بطريق الصلح برضا القاتل لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود عليهم من قتله منفعة أخرى هو ان ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين وليس للامام العفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض وشمل كلامه اللقيط فان قتل خطأ فالدية للامام قتله الملتقط أو غيره وان قتل عمدا خير كما في الكتاب وهو قولهما وقال أبو يوسف ليس له القصاص لانه لا يخلو عن الوارث غالبا أو هو محتمل فكان فيه شبهة وهو يسقط بها ولهما ان المجهول الذي لا يمكن الوصول اليه ليس بولي لان الميت لا ينتفع به فصار كالعدم فتنتقل الولاية الى السلطان كما في الارث كذا ذكره الشارح وهو يفيد ان من لا وارث له معلوم فارثه لبيت المال وان احتمل ان يكون له وارث وكذا من لا وارث له ظاهرا اذا أوصى بجميع ماله لاجنبي فانه يعطى كل ماله وان احتمل مجيء وارث لكن بعد التأني كما لا يخفى والله أعلم

﴿باب العشر والخراج والجزية﴾

بيان لما يؤخذ من الذمي بعد بيان ما يصير به ذميا وذكر العشر تتميم للوظائف المالية وقدمه لما فيه من معنى العبادة والعشر بضم العين واحد العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا يقال فلان أدى خراج أرضه (قوله أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية) أما أرض العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم أجمعين لم يأخذوا الخراج من أرض العرب وتعقبه في البناية بانه ليس له أصل في كتب الحديث ولم يجب عنه وجوابه ان العدم لا يحتاج الى أصل لانه لو أخذ منهم الخراج لنقل ولما لم ينقل دل على عدمه ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم

وان أسلم ثمة بجاءنا فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء ومن قتل مؤمنا خطأ لاولي له أو حربيا جاءنا بامان فاسلم فديته على عاقلته للامام وفي العمد القتل أو الدية لا العفو

﴿باب العشر والخراج والجزية﴾

أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية

(قوله ولو اقتصر على المسئلة الاولى الخ) نظر فيه في النهر بعد قوله أو قتل حربيا أي لاولي له وبهذا تغاير موضوع المسئلتين وفي حاشية أبي السعود عن الحموي في النظر نظر اذ وجود الحربي في دار الحرب كلا وجود الا ان يحضر فيدعي فيكون المال له فليحرر اهـ (قوله فارثه لبيت المال) المراد يوضع ماله في بيت المال ليصرف مصارفه لان المصرح به ان بيت المال غير وارث عندنا (قوله لكن بعد التأني) بالتاء المثناة والهمزة والنون المشددة أي التمهل

﴿باب العشر والخراج والجزية﴾

وهـذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر أهلها على الكفر كما فى سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وذكر فى المغرب معزيا الى كتاب العشر والخراج أبو يوسف فى الامالى حدود أرض العرب ماوراء حدود أرض الكوفة الى أقصى صخر باليمن وعن محمد من عدن أبين الى الشام وماوالاها وفى شرح القدورى قال الكرخى هى أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية يعنى البادية قال وقال محمد أرض العرب من العذيب الى مكة وعدن أبين الى أقصى حجر باليمن بمهرة وهذه العبارات مما لم أجده فى كتب اللغة وقد ظهر ان من روى الى أقصى حجر بالسكون وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه وكأنه ما ذكر اذلك تأكيدا للتحديد والا فهو عنه مندوحة اهـ ما فى المغرب وجزيرة العرب بمعنى أرضها ومحلتها وفى البناية العذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة ماء لتميم والحجر بفتحتين بمعنى الصخرة ومهرة بفتح الهاء والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية وسمى ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن اهـ وأما اذا أسلم أهلها أو فتحت قهرا وقسمت بين الغانمين فلان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أحق حيث يتعلق بنفس الخارج والعنوة بالفتح القهر كذا فى المغرب (قوله والسواد وما فتح عنوة وأقر أهله عليه أو فتح صلحا خراجية) أما السواد فالمراد به سواد العراق فلان عمر رضى الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم وهو أشهر من ان ينقل فيه أثر معين وفى البناية المراد بالسواد القرى وبه صرح الاتقانى وسمى السواد لخضرة أشجاره وزرعه وقال الاترازى المراد من السواد المذكور سواد الكوفة وهو سواد العراق وحده من العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عبادان طولا وأما سواد البصرة فالاهواز وفارس اهـ وتقدم ضبط العذيب وحلوان بضم الحاء اسم بلد والعلث بفتح العين المهملة وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقى دجلة وهو أول العراق وعبادان بتشديد الباء الموحدة حصن صغير على شط البحر وفى المثل ماوراء عبادان قرية وفى شرح الوجيز طول سواد العراق مائة وستون فرسخا وعرضه ثمانون فرسخا ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب كذا فى البناية وأما ما أقر أهلها عليها سواء فتحت قهرا أو صلحا فلان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ويلحق بما أقر أهله عليها ما نقل اليها غير أهلها من الكفار فانها خراجية كما ذكره الاسبيجابى وأطلق المصنف فيما أقر أهله عليه تبعا للقدورى وقيده فى الجامع الصغير على ما فى الهداية بان يصل اليها ماء الانهار لتكون خراجية ومالم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر لان العشر يتعلق بالاراضى النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر أو بماء الخراج اهـ وهو مشكل لانا نقطع بان الارض التى أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن الا خراجية لان أهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم أرض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك أما فى الابتداء فهو أيضا يمنعه والعبارة التى نقلها عن الجامع فى غاية البيان ليست كما فى الهداية وقد أطال المحقق فى فتح القدير فى تقريره ثم قال والحاصل ان التى فتحت عنوة ان أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار

والسواد وما فتح عنوة وأقر أهله عليه أو فتح صلحا خراجية

(قوله من عدن أبين) قال الرملى هى مدينة معروفة باليمن أضيفت الى أبين بوزن أبيض وهو رجل من حمير عدن بها أى أقام كذا فى نهاية ابن الاثير

(قوله وكذا أجمعت الصحابة الخ) قال الرملي يؤخذ مما في فتح القدير أن ما يؤخذ في بلادنا الشامية مزارعة بالحصة لانها ليست
مملوكة للزراع تأمل وقد ذكر الشارح في رسالته التحفة المرضية ان الخراج يجب في الارض الخراجية على أربابها الى ان لا يبقى منهم
أحد فحينئذ ينتقل الملك الى بيت المال فيؤجرها الامام ويأخذ جميع الاجرة لبيت المال كدار صارت لبيت المال واختار
السلطان استغلالها فانه يؤجرها ويأخذ أجرتها من المستأجر لبيت المال واذا اختار بيعها فله ذلك اما مطلقا أو لحاجة أو مصلحة
كما بيناه اه قوله فيؤجرها الامام يعني بنفسه أو نائبه ويعلم منه انه ليس للزراعين ان يؤجروها لانفسهم بمال يأخذونه
لانفسهم غير ما يأخذه الامام من المستأجر اذ لا ولاية له في ذلك ويظهر به جهل مزارعي الاراضي السلطانية وأراضي الوقف
ببلادنا باجرة يأخذها المزارع لنفسه وأفتيت بعدم جوازه (قوله انما هو بدل اجارة لا خراج) ذكر في التتارخانية السلطان
اذا دفع أراضي لا مالك لها وهي التي تسمى الاراضي المملكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز وطريق الجواز أحد شيئين
اما اقامتهم مقام الملاك في
الزراعة واعطاء الخراج أو
الاجارة بقدر الخراج
يكون المأخوذ منهم خراجا
في حق الامام أجرة في
حقهم اه أقول يؤخذ
من هذا انه لا عشر على
المزارعين في الاراضي
الشامية لانها من الاراضي
المملكة وان كان المأخوذ
منهم خراجا فهو لا يجتمع
مع العشر وان كان أجرة
المستأجر لا عشر عليه
عند الامام وانما العشر
على المؤجر نعم عندهما
العشر على المستأجر لكن
هذا المأخوذ ليس أجرة
من كل وجه لانه خراج
في حق الامام تأمل (قوله
فكذلك نقول للامام بيع
العقار الخ) قال في رسالته التحفة المرضية ثم ظاهر ما في الخلاصة يدل على جواز البيع للامام مطلقا فانه قال في كتاب ... ه
الينبوع من فصل الخراج ما نصه أرض خراج مات مالكها فالسلطان ان يؤجرها ويأخذ الخراج من أجرتها وفي سير واقعات
الناطفي في باب البغاة لو أراد السلطان ان يشتريها لنفسه يأمر غيره بان يبيعها ثم يشتريها منه لنفسه اه فقد أفاد جواز البيع ولم
يقيده بشيء مع انها بموت مالكها صارت لبيت المال اذ المفروض ان ليس لمالكها وارث بدليل انه قال السلطان ان يؤجرها ولو
خلف مالكها وارثا لكان الوارث هو المتصرف والخراج واجب عليه فيها ولو كان صغيرا لان الخراج يجب في أراضي الصبي لانه
مؤنة كما في أكثر الكتب وصرح الامام الزيلعي في شرح الكنز بان للامام ولاية عامة وله ان يتصرف في مصالح المسلمين
والاعتياض عن المشترك العام جائز من الامام ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح بيعه اه فقوله شيأ نكرة في سياق الشرط
يعم المنقول والعقار والدور والاراضي اه

واذا كان كذلك فالتفصيل في الارض المحياة التي لم تقسم ولم يقر أهلها عليها بان أحياها مسلم فان
وصل اليها ماء الانهار فهي خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية اه وفي التبيين ان التفصيل في
حق المسلم اما الكافر فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى لان الكافر لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى فيه
التفصيل في حالة الابتداء اجماعا الى آخره ومعنى قوله وأقر أهلها عليها ان الامام أقرهم على ملكهم
للاراضي قال في الهداية وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها وفي
التتارخانية فان أسلموا اسقطت الجزية عن رؤسهم ولا يسقط الخراج عن أراضيهم اه واذا باعها
انتقلت بوظيفتها من الخراج وكذا اذا مات انتقلت الى ورثته كذلك واذا وقفها مالكها بقي الخراج
على حاله كما صرحوا به في أرض الوقف وأرض الصبي والمجنون وفي الهداية ان عمر رضي الله عنه
وضع على مصر الخراج حين افتتحها عمرو بن العاص رضي الله عنه وكذا أجمعت الصحابة رضي الله
عنهم على وضع الخراج على الشام اه وفي فتح القدير المأخوذ الآن من أراضي مصر انما هو بدل
اجارة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعدما قلنا ان أرض مصر خراجية
والله أعلم كانه لموت المالكين شيأ فشيأ من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبني على
هذا انه لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لان نظره في مال المسلمين
كنظره في مال اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه فلذا كتبت في
فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي الارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز
شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله تعالى جاز ذلك اه كانه
أجاب لا يجوز كما لا يخفى وهو مبني على قول المتقدمين أما على قول المتأخرين المفتى به لا ينحصر
جواز بيع عقار اليتيم فيما ذكر بل فيه وفيما اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا منه أو رغب
فيه بضعف قيمته فكذلك نقول للامام بيع العقار لغير حاجة اذا رغب فيه بضعف قيمته على المفتى

(قوله وتمامه فيما كتبناه الخ) حيث قال وأما اذا باعها بعد ما صارت لبيت المال فانما باعها بعد ما سقط الخراج عنها لفقد من يجب عليه لانه كما صرحوا به يجب في الذمة لا في الخارج بدليل انه يجب بالتمكن من الزراعة وقد قال في الخلاصة والخانية ان خراج الوظيفة هو ان يكون الواجب فيها شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض اهـ لا يقال ان الخراج وظيفة الارض لا يسقط أصلا لانا نقول هو كذلك ما دامت الذمة صالحة للوجوب فاذا مات مالكها ولم يخلف وارثا سقط لعدم المحل ولا يمكن الوجوب على المشتري من السلطان لان الخراج لا بد فيه من الالتزام ١١٥ حقيقة وهو ظاهر أو حكما بان انتقلت الارض اليه ممن وجب الخراج عليه لنفسه كبيعه أو بيع السلطان عند عجزه ولم يوجد في مسئلتنا ولو قيل بوضع الخراج الآن على أرضه لم يجز لان المسلم لا يجوز وضع الخراج عليه ابتداء وان جاز بقاء بالتزامه وانما وجب الخراج عليه فيما اذا جعل داره بستانا وسقاه بماء الخراج لما ان سقيه بماء الخراج التزام منه كما في شروح الهداية مع ان المذهب وجوب العشر مطلقا دون الخراج وهو الاظهر كما في غاية البيان لما ذكر ولو قيل بعوده لم يجز لان الساقط لا يعود

به وهذه مسئلة مهمة وقع النزاع فيها في زماننا في تفتيش وقع من نائب مصر على الرزق في سنة ثمان وخمسين وتسعمائة حتى ادعى بعضهم بان المبايعات للاراضي من بيت المال غير صحيحة ليتوصل بذلك الى ابطال الاوقاف والخيرات وهو مردود بما ذكرناه ثم قدم بعد ذلك بيسير شخص ولاه السلطان أمر الاوقاف فطلب ان يحدث على أراضي الاوقاف خراجا متمسكا بان الخراج واجب في أرض الوقف وهو مردود عليه بما نقلناه عن المحقق ابن الهمام من ان الخراج ارتفع عن أراضي مصر انما المأخوذ منها أجرة فصارت الاراضي بمنزلة دور السكنى لعدم من يجب عليه الخراج واذا اشتراها انسان من الامام بشرطه شراء صحيحا ملكها ولا خراج عليها فلا يجب عليه الخراج لان الامام قد أخذ البدل للمسلمين واذا وقفها وقفها سالمة من المؤن فلا يجب الخراج فيها وتمامه فيما كتبناه في تلك السنة المسمى بالتحفة المرضية في الاراضي المصرية اهـ (قوله ولو أحيا أرضا مواتا يعتبر قربه) أي لو أحيا المسلم والمراد بالقرب انها ان كانت بقرب أرض الخراج فهي خراجية وان كانت بقرب أرض العشر فهي عشرية وهذا عند أبي يوسف لان ما قرب من الشئ أخذ حكمه كفناء الدار لصاحبها الانتفاع به وان لم يكن ملكا له ولذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر واعتبر محمد الماء فان أحياها بماء الخراج فهي خراجية والا فعشرية وقيدنا بالمسلم لان الكافر يجب عليه الخراج مطلقا كذا في الشرح وقدمناه اهـ (قوله والبصرة عشرية) نص عليها لان مقتضى ما سبق ان تكون خراجية لانها من حيز أرض الخراج لكن ترك القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم على توظيف العشر عليها كذا في غاية البيان وفيه نظر لان الحيز انما يعتبر في الارض المحياة والبصرة لم تكن محياة وانما فتحت عنوة فقياس ما مضى ان تكون خراجية كما أشار اليه في التبيين كما خرج عن القياس مكة المشرفة فان القياس وضع الخراج عليها لكونها فتحت عنوة ومع ذلك لم يوظف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها الخراج تعظيما لها ولاهلها فكما لا رق على العرب فكذلك لا خراج على أراضيهم كذا في البناية (قوله وخراج جريب صلح للزراعة صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) بيان للخراج الموظف وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلناه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها

ولو أحيا أرضا مواتا يعتبر قربه والبصرة عشرية وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم

وليس هو من باب زوال المانع لان المقتضي لم يبق موجودا وهو الالتزام حقيقة أو حكما اهـ ملخصا ثم قال في تلك الرسالة فان قلت ان الاراضي التي للزراعة لا تخلو عن مؤنة اما الخراج أو العشر وقد حكمت بسقوط الخراج فينبغي ان يجب العشر قلت نعم ينبغي وجوبه كما صرح به في البدائع وغيرها وصرحوا في الاصول بان العشر يجب في مال الوقف وصرح في خزانة الفقه من كتاب الوقف بان المتولي اذا دفع أرض الوقف مزارعة جاز عند الصاحبين وكان العشر على أرباب الوقف فيما كان لهم وان كان الارباب مساكين انتهت وكذا صرح بوجوب العشر الخصاف وغيره وانما لم أجزم به في الاراضي المصرية الموقوفة لاني لم أر نقلا في وجوبه اذا كانت الارض مشتراة من بيت المال اهـ (قوله كما خرج عن القياس مكة المشرفة الخ) فيه انها شرفها الله تعالى من جزيرة العرب وقد أطلقوا انها

مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها والجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك لكن اختلف في الذراع ففي كتب الفقه انه سبع قبضات وهو ذراع كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة وفي المغرب انه ست قبضات والقبضة أربع أصابع اهـ وفي الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف أهله اهـ وهذا يقتضي ان يعتبر في مصر الفدان فانهم لا يعرفون غيره لكن ما في الكافي مردود والمعول عليه ما ذكرناه من التقدير كما في فتح القدير وقيد بصلاحيته لانه لا شئ في غير الصالح لها وأطلقه فشمل ما زرعه صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه ولم يذكر هنا تقدير الصاع للاكتفاء بما قدمه في صدقة الفطر من انه ثمانية أرطال وأطلقه فشمل كل مزروع فيه فيؤخذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو … أو ذرة وهو الصحيح ولم يقدر الدرهم للاكتفاء بما ذكره في الزكاة من ان العشرة منها بوزن سبعة مثاقيل وذكر العيني انه يعطي الدرهم من أجود النقود والرطبة بفتح الراء الاسفست الرطب والجمع رطاب وفي كتاب العشر البقول غير الرطاب وانما البقول مثل الكراث والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجري مجراه والاول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة كذا في المغرب وفي العيني الرطبة البرسيم اهـ وينبغي ان يفسر بما في كتاب العشر كما لا يخفى وأفاد المصنف رحمه الله انه يؤخذ من الرطبة شئ من الخارج وقيد بالاتصال لانها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شئ فيها وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ولو كان الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها الى ان تطعم فاذا أطعمت فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان أقل الى ان ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه درهم وقفيز اهـ وفي البناية المتصل ما يتصل بعضه ببعض على وجه تكون كل الارض مشغولة بها وفي الهداية وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من أي شئ كان اهـ قلت وكذا في غالب أراضي مصر لا يؤخذ خراجها الا دراهم بخلاف أراضي الصعيد فان غالب خراجها القمح ولم يذكر المصنف ما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره لانه يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر في ذلك الطاقة فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة و… ولم يذكر المصنف خراج المقاسمة لظهوره فاذا من الامام عليهم جعل على أراضيهم نصف الخارج أو ثلثه أو ربعه قال في المعراج الوهاج لا يزاد على النصف ولا ينقص عن الخمس (قوله وان لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة) أي وان لم تطق الارض ما جعل عليها من الخراج الموظف السابق نقص عنها ما لا تطيقه وجعل عليها ما تطيقه بخلاف الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه فانها لا تجوز وان طاقتها الارض لقول عمر رضي الله عنه لعاملته لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملنا ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهو دال على ما ذكرناه من الامرين وأطلقه فشمل الاراضي التي التوظيف فيها من عمر رضي الله عنه أو من امام عمل وظيفة عمر وهو مجمع عليه وأما اذا أراد الامام

توظيف

في جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم وان لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة

شرنبلالية قاله بعض الفضلاء (قوله فيؤخذ قفيز مما زرع) قال في التاتارخانية أراد بالقفيز الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وهو ثمانية أرطال بالعراقي وهو أربعة أمنان وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع أبو يوسف وقال هو خمسة أرطال وثلث رطل وهو صاع أهل المدينة (قوله ولم يذكر المصنف خراج المقاسمة لظهوره) قال الرملي هو كالموظف مصرفا وكالعشر مأخذا لا فرق فيه بين الرطاب والزرع والكرم والنخل المتصل وغيره فيقسم الجميع على حسب ما تطيق الارض من النصف أو الثلث أو الربع أو الخمس وقد تقرر ان خراج المقاسمة كالعشر لتعلقه بالخارج ولذا يتكرر بتكرر الخارج في السنة وانما يفارقه في المصرف فكل شئ يؤخذ منه العشر أو نصفه يؤخذ منه خراج المقاسمة وتجري الاحكام التي قررت في العشر فيه

توظيف الخراج على أرض ابتداء وزاد على وظيفة عمر رضي الله عنه فانه لا يجوز عند أبي حنيفة وهو الصحيح لان عمر رضي الله عنه لم يزد لما أخبراه بزيادة الطاقة كذا في الكافي ومعناه ان الارض التي فتحت بعد عمر رضي الله عنه لو كانت تزرع الحنطة فاراد أن يضع عليها درهمين وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك ومعنى عدم الاطاقة ان الخارج منها لم يبلغ ضعف الخراج الموظف فينقص منه الى نصف الخارج كذا أفاده في الخلاصة وظاهر ما في الكتاب ان النقصان عند الاطاقة لا يجوز وليس كذلك فقد نقل في البناية عن الكاكي انه اذا جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الاولى (قوله ولا خراج ان غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع آفة) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج أطلقه فشمل ذهاب كل الخارج أو بعضه وهو مقيد بالاول أما في الثاني قال محمد ان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج وان بقي أقل من مقدار الخراج يجب نصفه قال مشايخنا والصواب في هذا أن ينظر أولا الى ما أنفق هذا الرجل في هذه الارض ثم ينظر الى الخارج فيحسب ما أنفق أولا من الخارج فان فضل منه شئ أخذ منه مقدار ما بينا وما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض أما اذا بقي ذلك لا يسقط الخراج كذا في الفوائد وأطلق الآفة وهو مقيد بالآفة السماوية التي لا يمكن الاحتراز عنها كالغرق والاحتراق وشدة البرد أما اذا كانت غير سماوية ويمكن الاحتراز عنها كأكل القردة والسباع والانعام ونحو ذلك لا يسقط الخراج وقال بعضهم يسقط والاول أصح وذكر شيخ الاسلام ان هلاك الخارج قبل الحصاد يسقط كذا في السراج الوهاج ومنه يعلم ان الدودة والفأرة اذا أكلا الزرع لا يسقط الخراج وقيد بالزرع وهو اسم للقائم لانه لو هلك بعد الحصاد لا يسقط كما أشار اليه شيخ الاسلام وقيد بالخراج لان الاجرة تسقط بالاولين وأما بالثالث فذكر الولوالجي في فتاواه اذا استأجر أرضا للزراعة سنة ثم اصطلم الزرع آفة قبل مضي السنة فما وجب من الاجر قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب بعد الاصطلام يسقط لان الاجر انما يجب بازاء المنفعة شيأ فشيأ فما استوفى من المنفعة وجب عليه الاجر وما لم يستوف انفسخ العقد في حقه وفي بعض الروايات لا يسقط شئ والاعتماد على ما ذكرنا فرق بين هذا وبين الخراج فانه يسقط اه قال شمس الائمة ومما جدّ من سير الاكاسرة انهم اذا أصاب بعض زرع الرعية آفة غرموا له ما أنفق في الزراعة من بيت مالهم وقال التاجر شريكك في الخسران كما هو شريكك في الربح فاذا لم يعطه الامام شيأ فلا أقل من أن لا يغرمه الخراج اه (قوله وان عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب) أي الخراج أما الاول فلان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة كما اذا كانت صالحة للزعفران فزرع الشعير وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يجترئ الظلمة على أخذ أموال الناس لانا لو أفتينا بذلك يدعي كل ظالم في أرض ليس هذا شأنها انها كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراجه فيكون ظلما وعدوانا وقيد بكونه المعطل لانه لو منعه

وفاقا وخلافا فانه بحث انها لو لم تطق الخمس لقلة الريع وكثرة المؤن تنقص وانه لو وقع الرضى على دراهم معينة أو على عدد الاشجار ينبغي الجواز ثم نقل عن الكافي ليس للامام ان يحول الخراج الموظف الى خراج المقاسمة اه قال وكذلك عكسه فيما يظهر من تعليله لانه قال لان فيه نقض العهد وهو حرام فاغتنم هذا التحرير فانه مفرد (قوله كذا أفاده في الخلاصة) حيث قال فان كانت الارض لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بان كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج اه وفي هذا لا فرق بين الارضين

ولا خراج ان غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع آفة وان عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب

التي وظف عليها عمر رضي الله تعالى عنه ثم نقص نزلها وضعفت الآن أو غيرها كذا في فتح القدير (قوله ومنه يعلم ان الدودة والفأرة الخ) قال الرملي الحق في البزازية الجراد مما لا يمكن دفعه وانه يسقط بأكله الخراج ولا شك ان الدودة والفأرة في معنى الجراد في عدم امكان الدفع ومثل ما في البزازية صرح ملا مسكين وفي النهر بعد أن نقل قوله ومنه يعلم الخ وأقول في كون الدودة ليست بآفة سماوية نظر ظاهر بل لا ينبغي التردد في كونها سماوية وانه لا يمكن

الاجرة ازيد الى آخر كلامه وأقول ان كان كثيرا غالبا لا يمكن دفعه بحراثة يجب أن يسقط به وان أمكن دفعه لا يسقط هذا هو المتعين للصواب (قوله وقيد بالخراج الموظف لان كلامه فيه الخ) قال الرملي وكذلك لو هلك الخارج في خراج المقاسمة قبل الحصاد أو بعده فلا شيء عليه لتعلقه بالخارج حقيقة وحكمه حكم الشريك شركة الملك فلا يضمن الا بالتعدي فاعلم ذلك فانه مهم ويكثر وقوعه في بلادنا وفي الخانية ما هو صريح في سقوطه بعد الحصاد في حصة رب الارض ووجوبه عليه في حصة الاكار معللا بان الارض في حصته بمنزلة المستأجرة وفي الولوالجية ما يخالفه وما في الخانية أقوى مدركا وأوضح وجها فليكن المعول عليه (قوله فلو عجز المالك عن الزراعة الخ) قال الرملي ١١٨ ثم لو عادت قدرته استردها الامام ممن هي في يده وردها على صاحبها الا في البيع خاصة

انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لعدم التمكن وقيد بالخراج الموظف لان كلامه فيه لانه لو كان خراج مقاسمة فلا شيء عليه بالتعطيل كذا في السراج الوهاج وأشار بنسبة التعطيل اليه الى أنه كان متمكنا من الزراعة ولم يزرع فلو عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك وان شاء أجرها وأخذ الخراج من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف وعن أبي يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا وفي جمع الشهيد باع أرضا خراجية فان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا في البناية وقد قدمناه ان أرض مصر الآن ليست خراجية انما هي بالاجرة فلا شيء على الفلاح لو عطلها ولم يكن مستأجرا لها ولا جبر عليه بسببها وبه علم ان بعض المزارعين اذا ترك الزراعة وسكن في مصر فلا شيء عليه فما يفعله الظلمة من الاضرار به حرام خصوصا اذا أراد الاشتغال بالقرآن والعلم كمجاوري الجامع الازهر وأما الثاني وهو ان من أسلم من أهل الخراج فانه يؤخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن ابقاؤه على المسلم وأما الثالث وهو ما اذا اشترى مسلم من ذمي أرض خراج فلما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهية (قوله ولا عشر في خارج أرض الخراج) لقوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم كما رواه أبو حنيفة في مسنده ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر يجب في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما والحد والعقر والجلد والنفي والرجم وزكاة التجارة وصدقة الفطر والقطع والضمان كذا في السراج الوهاج وكذا التيمم مع الوضوء وكذا الحبل مع الحيض والحيض مع النفاس

﴿فروع﴾ لا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة اذا كان موظفا وان كان خراج مقاسمة تكرر لتعلقه بالخارج حقيقة كالعشر ولو وهب السلطان لانسان خراج أرضه ليس له أن يقبل وان

صرح به في التاتارخانية نقلا عن الذخيرة (قوله وفي جمع الشهيد باع أرضا خراجية الخ) قال في التتارخانية هذه المسألة على وجهين الاول ان تكون الارض فارغة والجواب فيه انه ان بقي من السنة مقدار ما يقدر المشتري على زراعتها قبل

ولا عشر في خارج أرض الخراج

دخول السنة الثانية فالخراج على المشتري والا فعلى البائع ثم اختلف المشايخ ان المعتبر زرع الحنطة أو الشعير أو أي زرع كان فالفقيه أبو نصر يعتبر أي زرع كان والفقيه أبو القاسم يعتبر زرع الحنطة أو الشعير وكذلك اختلفوا انه هل يشترط ادراك الريع بكماله وفي واقعات الناطفي الفتوى على انه مقدر بثلاثة أشهر ان بقيت يجب على المشتري والا فعلى البائع وهذا منه اعتبار زرع الدخن كان

وادراك الريع فان ريع الدخن يدرك في مثل هذه المدة الوجه الثاني اذا كانت الارض مزروعة فان كان الزرع لم يبلغ بعد فباعها مع الزرع فالخراج على المشتري على كل حال وان كان الزرع قد بلغ وانعقد الحب وان هذا وما لو باع أرضا فارغة في الحكم سواء وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رجل له أرض خراج باعها من رجل ومكثت عند المشتري شهرا ثم باعها المشتري من رجل آخر ومكثت عنده شهرا أيضا ثم يبيع كل مشتر بعد شهر حتى مضت السنة ولم تكن في ملك أحدهم ثلاثة أشهر فليس على واحد خراج وفي المحيط وان كان للارض ريعان خريفي وربيعي وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري وتمكن كل واحد منهما من تحصيل أحده

الربعين لنفسه فالخراج عليهما اهـ ملخصا ونحوه فى التجنيس من كتاب الزكاة (قوله والفتوى على قول أبى يوسف ان كان صاحب
الارض مصرفا له) أى خلافا لما فى الحاوى القدسى كما سيأتى آخر الفصل الآتى ﴿فصل فى الجزية﴾ (قوله فلو حذف الفقير
لكان أولى) قال فى النهر ممنوع اذ لو اقتصر على قوله ومعتمل لما أفاد اشتراط القدرة على العمل فى حق الغنى وقد قاله به فالتحقيق
ان القدرة عليه فى وسط الحال والغنى معلومة من قوله بعد لا تجب على زمن اهـ ولا يخفى عليك ان قول المؤلف فلو حذف الفقير
أى مما سيأتى فى قوله وفقير غير معتمل بان يقول وغير معتمل فيشمل الغنى والفقير فيندفع حينئذ توهم تقييد الفقير فيما مر
بالمعتمل وتوهم ان العمل شرط فى الفقير فقط وهذا كلام ظاهر وكان صاحب النهر ظن ان المراد حذف المعتمل مما مر كما يشعر به قوله اذ لو اقتصر على قوله ومعتمل وقوله وقد قال به وليس كذلك اذ لم يذكر المصنف المعتمل فيما مر (قوله وينبغى اعتبارها فى أولها) قال فى النهر انما اعتبروا وجودها فى آخرها لانه وقت وجوب الاداء ومن ثم قالوا لو كان فى أكثر السنة غنيا أخذ منه جزية الاغنياء أو فقيرا أخذت منه جزية الفقير ولو اعتبر الاول لوجب اذا كان فى أولها غنيا فقيرا
فى أكثرها ان يجب جزية الاغنياء وليس كذلك نعم الاكثر كالكل اهـ وفى حاشية أبى السعود ما أورده على اعتبار الاول مشترك
الالزام اذ هو وارد أيضا على اعتبار الآخر لاقتضائه وجوب جزية الاغنياء اذا كان غنيا فى آخرها فقيرا فى أكثرها اهـ قلت الذى
يظهر ان ما نقله فى النهر قول آخر ليس مبنيا على اعتبار أول السنة أو آخرها وهو مذكور فى التاتارخانية عن الخانية ونصه الذمى
اذا كان غنيا فى بعض السنة فقيرا فى البعض قالوا ان كان غنيا فى أكثر السنة تؤخذ منه جزية الاغنياء وان كان على العكس تؤخذ
منه جزية الفقراء وان كان غنيا فى النصف فقيرا فى النصف تؤخذ منه جزية وسط الحال اهـ اذ هو شامل لما اذا كانت هذه

كان مصرفا له أن يقبل ولو ترك السلطان لانسان خراج أرضه جاز عند أبى يوسف وقال محمد لا يجوز والفتوى على قول أبى يوسف ان كان صاحب الارض مصرفا له ولو ترك له عشر أرضه لا يجوز بالاجماع ويخرجه بنفسه ويعطيه للفقراء والله أعلم

﴿فصل﴾ فى الجزية (الجزية لو وضعت بتراض لا يعدل عنها) لان الموجب هو التراضى فلا يجوز التعدى الى غير ما وقع عليه التراضى وقد صالح عليه السلام بنى نجران على ألف ومائتى حلة والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع جزى كلحية ولحى لانها تجزئ عن القتل أى تقضى وتكفى فاذا قبلها سقط عنه القتل (قوله والا توضع على الفقير فى كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه) أى ان لم توضع بالتراضى وانما وضعت قهرا بان غلب الامام على الكفار وأقرهم على املاكهم ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وظاهر كلامهم ان حد الغنى والمتوسط والفقير لم يذكر فى ظاهر الرواية ولذا اختلف المشايخ فيه وأحسن الاقوال ما اختاره فى شرح الطحاوى من ان من ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا فهو غنى والمتوسط من يملك مائتى درهم فصاعدا والفقير الذى يملك ما دون المائتين أو لا يملك شيئا وأشار بقوله فى كل سنة الى ان وجوبها فى أول الحول وانما الحول تخفيف وتسهيل وفى الهداية انه يؤخذ من الغنى فى كل شهر أربعة دراهم ومن المتوسط درهمان ومن الفقير درهم وهذا لاجل التسهيل عليه لا لبيان الوجوب لانه باول الحول كما ذكرنا كذا فى البناية وأطلق الفقير هنا اكتفاء بما ذكره بعده من ان الفقير غير المعتمل لا جزية عليه والمعتمل هو القادر على العمل وان لم يحسن حرفة وفى السراج المعتمل القادر على تحصيل الدراهم والدنانير بأى وجه كان وان لم يحسن الحرفة وقال الكاكى والمعتمل هو المكتسب والاعتمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب فلو كان مريضا فى السنة كلها أو نصفها أو أكثرها لا تجب عليه ولو ترك العمل مع القدرة عليه فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع وظاهر كلام المختصر ان القدرة على العمل شرط فى حق الفقير فقط لقوله وفقير غير معتمل وليس كذلك بل هو شرط فى حق الكل ولذا قال فى البناية وغيرها الا الزمن منهم وان كان مفرطا فى اليسار وكذا لو مرض نصفها كما فى الشرح فلو حذف الفقير لكان أولى وفى فتح القدير ويعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة اهـ وينبغى اعتبارها فى أولها لانه وقت الوجوب (قوله وتوضع على كتابى ومجوسى

﴿فصل﴾ الجزية لو وضعت بتراض لا يعدل عنها والا توضع على الفقير فى كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه وتوضع على كتابى ومجوسى

الصفقات في الاول أو الآخر فلا ينبغي ايراده هذا على الفتح ولا على المؤلف نعم يمكن أن يرد على المؤلف ما في الولوالجية وسيأتي من أن الفقير لو أيسر في آخر السنة أخذت منه ومما يؤيد ما قلناه من التوفيق ما في القهستاني عن المحيط يسقط الباقي في جزية السنة اذا صار شيخا كبيرا أو فقيرا أو مريضا نصف سنة أو أكثر اه (قوله فلان النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم الخ) قال في النهر كذا قالوا وأنت خبير بان هذا يأتي في العربي اذا كان كتابيا (قوله فهم ليسوا بعربي الاصل) قال في النهر فيه نظر اذ الكلام فيمن كان عربي الاصل وقد تهود أو تنصر كورقة بن نوفل ويكفي في رده ما مر في أهل نجران وبني تغلب فتدبره ومراده بما مر كونه عليه السلام صالح أهل نجران وعمر رضي الله تعالى عنه أخذ من بني تغلب وهم نصارى العرب وحاصله ان تعليلهم يشمل العربي الاصل اذا كان كتابيا وقول المؤلف فأهل الكتاب الخ ممنوع لانه لا يلزم من كونه كتابيا عدم كونه عربيا والجواب ان العربي حيث أطلق انصرف الى عربي الاصل وهم عبدة الاوثان فهؤلاء لا تؤخذ منهم الجزية أما من صار منهم كتابيا فتؤخذ منه لانه لا فرق في الكتابي بين كونه عربيا أو عجميا كما مر لعموم قوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب فلم يشمله التعليل فدخل السابق لمعارضته للنص ثم رأيت في الشرنبلالية ما نصه وفي العناية وترك القياس في الكتابي العربي بما قدمناه من نص الآية ولولاه لدخل في عموم قوله صلى الله تعالى عليه وسلم لو كان يجري على عربي رق الحديث اه وتمامه لكان اليوم

ووثني عجمي لا عربي ومرتد وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط

ووثني عجمي) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد الآية ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس وأما عبدة الأوثان من العجم فلانه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل وضع الجزية فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم لا فرق في ذلك بين الانواع الثلاثة كما في العناية وأشار بتقييد الوثني بالعجمي دون الاولين الى ان الكتابي والمجوسي لا فرق فيهما بين العرب والعجم كما في العناية أيضا والكتابي شامل لليهود والنصارى ويدخل في اليهود السامرة لانهم يدينون بشريعة موسى صلوات الله وسلامه عليه إلا انهم يخالفونهم في فروع ويدخل في النصارى الفرنج والارمن وفي الخانية وتؤخذ الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمجوس عبدة النار والوثن ماله جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت والجمع أوثان وكانت العرب تنصبها وتعبدها والعجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحا والاعجمي الذي في لسانه عجمة أي عدم افصاح بالعربية وان كان عربيا كذا في المغرب وفي السراج الوثن ما كان منقوشا في حائط ولا شخص له والصنم اسم لما كان على صورة الانسان والصليب ما لا نقش فيه ولا صورة تعبد (قوله لا عربي ومرتد وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط) أي لا توضع الجزية على هؤلاء أما مشركو العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر والمراد بالعربي في عبارته عربي الاصل وهم عبدة الاوثان وانهم أميون كما وصفهم الله تبارك وتعالى في كتابه فخرج الكتابي كما قدمناه فاهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعربي الاصل وأما المرتد عربيا كان أو عجميا فلانه كفر بربه بعدما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان أبا بكر رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين الا ان نساءهم وذراريهم يجبرون على الاسلام بخلاف ذراري عبدة الاوثان ونسائهم ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا وأما عدم وضعها على الصبي والمرأة فلانها وجبت بدلا عن القتل أو القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية وأما عدم وضعها على المملوك فلانها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك وشمل العبد المدبر وأم الولد وقد وقع في الهداية ذكر أم الولد ولا ينبغي فان من المعلوم أن لا جزية على النساء الاحرار فكيف بام الولد وانما المراد ابن أم الولد وأفاد أنه لا يؤدي عنهم المولى لانهم تحملوا الزيادة بسببهم لانهم صاروا أغنياء به فلو أدوا عنهم لكان وجوبها مرتين بسبب شيء واحد وأما عدمها على العاجز فلانها وجبت بدلا عن القتال كما ذكر

فيدخل المفلوج والشيخ الكبير ولو كان له مال ولذا لم تجب على الراهب الذي لا يخالط الناس ولو كان قادرا على العمل لانه لا يقتل والجزية لاسقاطه وفي البناية الزمن من زمن الرجل بزمن زمانة وهو عدم بعض أعضائه أو تعطيل قواه اه وأما عدم وضعها عن الفقير الذي لا يعمل فلان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها عليه وذلك بحضر من الصحابة رضي الله عنهم كالارض التي لا طاقة لها فان الخراج ساقط عنها وغير المعتمل هو الذي لا يقدر على العمل والمعتمل المكتسب الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة ويكتفي بصحته في أكثر السنة فان مرض نصفها فلا جزية عليه ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برئ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم لان المعتبر أهليتهم وقت الوضع بخلاف الفقير اذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه لانه أهل للجزية وانما سقطت عنه لعجزه وقد زال كذا في الاختيار (قوله وتسقط بالاسلام والموت والتكرر) لانها عقوبة على الكفر وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولا فرق في المسقط بين أن يكون بعد تمام السنة أو في بعضها وكذا تسقط اذا عمي أو زمن أو أقعد أو صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شئ والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود فلذا اذا اجتمعت عليه حولان تداخلت واختلف في معنى التكرار والاصح انه اذا دخلت السنة الثانية سقطت جزية السنة الاولى لان الوجوب بابتداء الحول بخلاف خراج الارض فانه بآخره لسلامة الانتفاع وفي الجوهرة الجزية تجب في أول الحول عند الامام الا أنها تؤخذ في آخره قبل تمامه بحيث يبقى منه يوم أو يومان وقال أبو يوسف تؤخذ الجزية حين تدخل السنة ويمضي شهران منها قيدنا بالجزية لان الديون والاجرة والخراج لا تسقط باسلام الذمي وموته اتفاقا واختلف في الخراج هل يسقط بالتداخل فقيل على الخلاف فعند الامام يسقط وعندهما لا وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق كالعشر لانها مؤنة الارض وينبغي ترجيح الاول لان الخراج عقوبة بخلاف العشر

(فروع) في الجزية صرح في الهداية بانها لا تقبل من الذمي لو بعثها على يد نائبه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعدا وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية يا ذمي اه أو يقول له يا يهودي أو يا نصراني أو يا عدو الله كما في غاية البيان ولا يقال له يا كافر ويأثم القائل ان آذاه به كما في القنية وفي بعض الكتب أنه يصفع في عنقه حين أداء الجزية (قوله ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا) أي لا يجوز احداثهما في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثهما وفي البناية يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي فتح القدير وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة والبيع بكسر الباء أطلق عموم دار الاسلام فشمل الامصار والقرى وهو المختار كما في فتح القدير وقيده في الهداية بالامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا يعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اه وشمل كلامه المواضع كلها وفي البناية قيل أمصار المسلمين ثلاثة أحدها ما مصره المسلمون منها كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع

وتسقط بالاسلام والموت والتكرر ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا

الاسلام أو السيف ثم قال قوله أما وثني العرب فلان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم نشأ بين أظهرهم هو وان شمل الكتابي فقد خص بالكتاب كما قدمناه اه

(قوله على هذا القول) أى الذى قدمه عن البناية وقوله ولا استثناء فى ظاهر الرواية أى انهم يمنعون من الاحداث وان وقع الصلح عليه قال السرخسى فى السير ١٢٢ الكبير ولو طلب قوم من أهل الحرب الصلح على شرط ان المسلمين ان اتخذوا مصرا فى أرضهم لم يمنعوهم من ان يحدثوا فيه بيعة أو كنيسة لا ينبغى ذلك لانه اعطاء الدنية فى الدين والاستخفاف بالمسلمين فلا يجوز المصير اليه الا عند تحقق الضرورة فان أعطاهم الامام ذلك لا يفى به لانه مخالف لحكم الشرع اه (قوله

ويعاد المنهدم ويميز الذمى عنا فى الزى والمركب

ينبغى أن لا يهدم الخ) ظاهره انه بحث له وقد ذكر فى الذخيرة ما يفيده أو يصرح به حيث قال فى التتارخانية ناقلا عنها وان اتخذ المسلمون مصرا فى أرض موات لا يملكها أحد فان كان بقرب ذلك المصر قرى لاهل الذمة فعظم المصر حتى ملأ القرى وجاوزها فقد صارت من جملة المصر يعنى تلك القرى لاحاطة المصر بجوانبها فان كان لهم فى تلك القرى بيع وكنائس قديمة ترك على حاله وان أرادوا ان يحدثوا فى شئ من تلك القرى بيعة أو كنيسة أو بيت نار بعد ما صارت مصرا للمسلمين منعوا من ذلك اه ومثله فى شرح السير الكبير للسرخسى والسرج

(قوله وبعد ذلك ينظر الخ) قال الرملى فلو لم يعلم واحد منهما ما يفعل والذى يظهر انه ينظر لما كانوا عليه فيها قديما لان الظاهر ان الائمة المتقدمين علموا بذلك فاقروهم عليه تأمل

لصلاتهم ولا صومعة باجماع العلماء ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز احداث شئ فيها بالاجماع وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم فى الكنائس على ما وقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا نمنعهم والاولى أن لا يصالحهم عليه وان وقع الصلح مطلقا لا يجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة اه والحاصل انهم يمنعون من الاحداث مطلقا الا اذا وقع الصلح على الاحداث أو على ان الارض لهم على هذا القول ولا استثناء فى ظاهر الرواية وأشار الى أنهم يمنعون من احداث بيت النار بالاولى والصومعة كالكنيسة لانها تبنى للتخلى للعبادة بخلاف موضع الصلاة فى البيت لانه تبع للسكنى والصومعة بيت مبنى برأس طويل ليتعبد فيها بالانقطاع عن الناس (قوله ويعاد المنهدم) مفيد لشيئين الاول عدم التعرض للقديمة لانه قد جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بترك البيع والكنائس فى دارنا والمراد بالقديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحتهم على اقرارهم على بلدهم وأراضيهم ولا يشترط أن تكون فى زمن الصحابة والتابعين رضى الله عنهم لا محالة كذا فى البناية وفى المحيط لو ضربوا الناقوس فى جوف كنائسهم لا يمنعون الثانى جواز بناء ما انهدم من القديمة لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة وأشار الى أنه لا يجوز الزيادة على البناء الاول كما فى الخانية والى أنهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة وفى فتح القدير واعلم أن البيع والكنائس القديمة فى السواد لا تهدم على الروايات كلها وأما فى الامصار فاختلف كلام محمد فذكر فى العشر والخراج تهدم القديمة وذكر فى الاجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وازمان وهى باقية لم يأمر امام بهدمها فكان متوارثا من عهد الصحابة رضى الله عنهم وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير أو كنيسة فوقع داخل السور ينبغى أن لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما فى جوف القاهرة من الكنائس على ذلك فانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا فى جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت فى الضواحى فادير السور فاحاط بها وعلى هذا أيضا فالكنائس الموجودة الآن فى دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لا تهدم لانها ان كانت فى الامصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين رضى الله عنهم أجمعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بانهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخى اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا فى كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا فاما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر فى المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم اه وصحح فى التتارخانية رواية كتاب الاجارة من عدم هدم القديمة (قوله ويميز الذمى عنا فى الزى والمركب

والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف) اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه في الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم عليه الصلاة والسلام بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي عال عن المسلمين واذا وجب التمييز وجب بما فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة والزي بالكسر اللباس والهيئة وأصله زوي كذا في الصحاح وفي الديوان الزي الزينة والكستيج عن أبي يوسف خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم كذا في المغرب وقيده في المجمع بالصوف وقيد بالخيل لان لهم أن يركبوا الحمر عند المتقدمين على سروج كهيئة الاكف وهو جمع اكاف وهو معروف والسرج الذي على هيئته هو ما يجعل على مقدمه شبه الرمانة والوكاف لغة ومنه أوكف الحمار كذا في المغرب والاكاف البرذعة ذكره العيني واختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى قرية ونحوها أو كان مريضا وحاصله انه لا يركب الا لضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا مر بهم كذا في فتح القدير وفيه واذا عرف ان المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلدة ما يتعارفه أهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فالزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود بالعمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء اه لكن في الظهيرية ما يفيد منع العمامة لهم فانه قال وكستيجان النصارى قلنسوة سوداء من اللبد مضربة وزنار من الصوف وأما لبس العمامة وزنار الابريسم فجفاء في حق أهل الاسلام ومكسرة لقلوبهم اه أطلق الذمي فشمل الذكر والانثى ولذا قال في الهداية ويجب أن تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف اه وصرح في فتح القدير بمنعهم من الثياب الفاخرة حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرقيعة قال ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وادخالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر اه وفي الحاوي القدسي وينبغي أن يلازم الذمي الصغار فيما يكون بينه وبين المسلم في كل شئ اه فعلى هذا يمنع من القعود حال قيام المسلم عنده واختار في فتح القدير بحثا انه اذا استعلى على المسلمين حل للامام قتله واستثنى في الذخيرة من منع الخيل ما اذا وقعت الحاجة الى ذلك بان استعان بهم الامام في المحاربة والذب عن المسلمين والحق في التتارخانية البغل بالحمار في جواز ركوبه لهم وصرح بمنعهم من القلانس الصغار وانما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة ويجب تمييزهم في النعال أيضا فيلبسون المكاعب الخشنة الفاسدة اللون تحقيرا لهم وشرط في الخيط الذي يعقده على وسطه ان يكون غليظا غير منقوش وأن لا يجعل له حلقة وانما يعقده على اليمين أو الشمال وشرط في القميص أيضا ان يكون ذيله قصيرا وأن يكون جيبه على صدره كما يكون للنساء وفي الخانية ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستيجان وفي التتارخانية وهذا كله اذا وقع الظهور عليهم فاما اذا وقع معهم الصلح للمسلمين على بعض هذه الاشياء فانهم يتركون على ذلك واختلف المشايخ بعد هذا ان المخالفة بيننا وبينهم تشترط بعلامة

والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف

واحدة أو بعلامتين أو بالثلاث قال بعضهم بعلامة واحدة اما على الرأس كالقلنسوة الطويلة المضربة أو على الوسط كالكستيج أو على الرجل كالنعل والمكعب على خلاف نعالنا أو مكعبنا وقال بعضهم لا بد من الثلاث ومنهم من قال في النصراني يكتفى بعلامة واحدة وفي اليهودي بعلامتين وفي المجوس بالثلاث واليه مال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل وفي الذخيرة وبه كان يفتي بعضهم قال شيخ الاسلام والاحسن أن يكون في الكل ثلاث علامات وكان الحاكم الامام أبو محمد يقول ان صالحهم الامام وأعطاهم الذمة بعلامة واحدة لا يزاد عليها وأما اذا فتح بلدا عنوة وقهرا كان للامام أن يلزمهم العلامات وهو الصحيح اه واذا وجب عليهم اظهار الذل والصغار مع المسلمين وجب على المسلمين عدم تعظيمهم لكن قال في الذخيرة اذا دخل يهودي الحمام هل يباح للخادم المسلم أن يخدمه ان خدمه طمعا في فلوسه فلا بأس به وان فعل ذلك تعظيما له ان كان ليميل قلبه الى الاسلام فلا بأس به وان فعل ذلك تعظيما له من غير أن ينوي شيأ مما ذكرنا كره له ذلك وكذا اذا دخل ذمي على مسلم فقام له ان قام طمعا في ميله الى الاسلام فلا بأس به وان فعل ذلك تعظيما له من غير أن ينوي ما ذكرنا أو قام تعظيما لغناه كره له ذلك اه قال الطرسوسي ان قام تعظيما لذاته وما هو عليه كفر لان الرضا بالكفر كفر فكيف بتعظيم الكفر اه كذا في شرح المنظومة وفي الخانية الذمي اذا اشترى دارا في المصر ذكر في العشر والخراج انه لا ينبغي أن يباع منه وان اشتراها يجبر على بيعها من المسلم وذكر في الاجارات انه يجوز الشراء ولا يجبر على البيع ولا يترك الذمي أن يتخذ بيته صومعة في المصر يصلي فيه اه وفي الصغرى وذكر في الاجارات انه لا يجبر على البيع الا اذا كثر فحينئذ يجبر اه وفي التتارخانية يمكنون من المقام في دار الاسلام على رواية عامة الكتب الا أن يكون من امصار العرب كارض الحجاز وعلى رواية العشر كما يجبر على بيع داره يخرجون من المصر وبه أخذ الحسن بن زياد وفي الذخيرة واذا تكارى أهل الذمة دورا فيما بين المسلمين ليسكنوا فيها جاز لانهم اذا سكنوا بين المسلمين رأوا معالم الاسلام ومحاسنه وشرط الحلواني قلتهم بحيث يكونون من المقام في دار الاسلام الا في امصار العرب كارض الحجاز أما اذا كثروا بحيث تعطل بسببه سكنى بعض المسلمين أو تقللوا يمنعون من السكنى فيما بين المسلمين ويؤمرون بان يسكنوا ناحية ليس فيها المسلمون وهو محفوظ عن أبي يوسف اه وفي المحيط يمكنون أن يسكنوا في امصار المسلمين يبيعون ويشترون في أسواقهم لان منفعة ذلك تعود الى المسلمين اه (قوله ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه وسلم) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق فيأخذها الامام منه جبرا والاباء الامتناع ولما الزنا فيقيم الحد عليه وفي القتل يستوفي القصاص منه وأما السب فكفر والمقارن له لا يمنعه والطارئ لا يرفعه وأشار الى انه لا ينتقض اذا نكح مسلمة ولو وقع ذلك فالنكاح باطل ويعزران وكذا الساعي بينهما ولو أسلم بعد ذلك لا يجوز النكاح لوقوعه باطلا كذا في المعراج من باب نكاح الكافر وذكر العيني وفي رواية مذكورة في واقعات حسام ان أهل الذمة اذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد ويقاتلون وهو قول الثلاثة اه ولا يخفى ضعفها رواية ودراية كما أن قول العيني واختياري

ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه وسلم

(قوله وفي الخانية الذمي اذا اشترى الخ) قال الرملي حاصله ان المسئلة خلافية والذي يجب أن نعول عليه التفصيل فلا نقول بالبيع مطلقا ولا بعدمه مطلقا بل يدور الحكم على القلة والكثرة والضرر والمنفعة وهذا هو الموافق للقواعد الفقهية فتأمل

(قوله كما أن قول العيني واختياري الخ) قال الرملي عبارة العيني قال الشافعي ينتقض به لانه ينقض الايمان فالامان أولى وبه قال مالك وأحمد واختياري هذا فقوله هذا اشارة الى النقض لا الى القتل ولا يلزم من عدم النقض عدم القتل وقوله لا أصل له في الرواية فاسد اذ صرحوا قاطبة بانه يعزر على ذلك ويؤدب وهو يدل على جواز قتله زجرا لغيره اذ يجوز الترقي في التعزير الى القتل اذا عظم موجبه ومذهب الشافعي رحمه الله عدم النقض به كمذهبنا على الاصح قال ابن السبكي لا ينبغي أن يفهم من عدم الانتقاض انه لا يقتل فان ذلك لا يلزم وقد حقق ذلك الوالد رحمه الله في كتابه السيف المسلول على من سب الرسول وصحح انه يقتل وان قلنا بعدم انتقاض العهد اه كلام ابن السبكي فانظر الى قوله لا ينبغي أن يفهم من عدم الانتقاض أن لا يقتل وليس في المذهب ما ينفي قتله خصوصا اذا أظهر ما هو الغاية في التمرد وعدم الاكتراث والاستخفاف

واستعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم فما بحثه في الفتح في النقض مسلم مخالفته للمذهب وأما ما بحثه في القتل فغير مسلم مخالفته للمذهب تأمل اه قلت وفي شرح المقدسي بعد نقله كلام العيني والفتح

مانصه وهو مما يميل اليه كل مسلم والمتون والشروح خلاف ذلك اقول ولنا أن نؤدب الذمي تعزيرا شديدا بحيث لو مات كان دمه هدرا كما عرف أن من مات في تعزير أو حد لا شئ فيه اه (قوله وكذا وقع لابن الهمام بحث الخ) حيث قال والذي عندي ان سبه عليه الصلاة والسلام

أن يقتل بسب النبي صلى الله عليه وسلم لا أصل له في الرواية وكذا وقع لابن الهمام بحث هنا خالف فيه أهل المذهب وقد أفاد العلامة قاسم في فتاواه انه لا يعمل بأبحاث شيخه ابن الهمام المخالفة للمذهب نعم نفس المؤمن تميل الى قول المخالف في مسئلة السب لكن اتباعنا للمذهب واجب وفي الحاوي القدسي ويؤدب الذمي ويعاقب على سبه دين الاسلام أو النبي أو القرآن اه (قوله بل باللحاق ثمة أو بالغلبة على موضع الحراب) أي بل ينتقض عهده باللحاق بدار الحرب ونحوه لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب وظاهر كلامهم انه لا ينتقض الا بأحد الامرين وقد ذكر في فتح القدير من باب نكاح المشرك ان الذمي لو جعل نفسه طليعة للمشركين فانه يقتل لانه محارب معنى فحينئذ هي ثلاث لكن في المحيط هنا الذمي اذا وقف منه على انه يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو يقاتل رجلا من المسلمين فيقتله لا يكون نقضا للعهد لما روى ان حاطب بن أبي بلتعة كتب الى مكة ان النبي صلى الله عليه وسلم يريد حربكم فخذوا حذركم وجعل الكتاب في قرن امرأة لتذهب به الى مكة فنزل قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالمودة فبعث عليا رضي الله عنه فأخذه وجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لحاطب ما حملك على هذا فقال ان لي عيالات وقرابات بمكة فاردت أن يكون لي عندهم يد واني أعلم ان الله تعالى ناصرك وممكنك ولا يضرك ما صنعت فقال عمر رضي الله عنه ائذن لي حتى اضرب عنق هذا المنافق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مهلا يا عمر لعل الله اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فاني غفرت لكم لانه لو فعله المسلم لا يكون نقضا للاسلام فكذلك اذا فعله الذمي غير انه يعاقب ويحبس لانه ارتكب محظورا اه الآن يفرق بين الطليعة وبين ما في المحيط لما في المغرب الطليعة واحدة الطلائع في الحرب وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو ويتعرفونها قال صاحب العين وقد يسمى الرجل الواحد في ذلك طليعة والجمع أيضا اذا كانوا معا وفي كلام محمد الطليعة الثلاثة والاربعة وهي فوق السرية اه فيحمل ما في المحيط على انه لم يبعثه أهل الحرب ليطلع على أخبار المسلمين وما في الفتح ظاهر فيما اذا بعثوه لذلك واستدلاله في المحيط بواقعة حاطب بعيد لان كلامه في الذمي وحاطب كان مؤمنا ولذا قال تعالى يا أيها الذين آمنوا الخ وقال تعالى ومن يفعل ذلك منكم فقد ضل سواء السبيل ولذا قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقت وأفاد المصنف رحمه الله ان العهد لا ينتقض بالقول ولذا قال في المحيط عقد الذمة ينتقض بالفعل وهو الالتحاق ولا ينتقض بالقول وأمان الحربي ينتقض بالقول اه (قوله وصاروا كالمرتدين) أي صار أهل الذمة بالالتحاق أو بالغلبة كالمرتدين في قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانه التحق بالاموات لتباين الدارين قيدنا التشبيه في الشين لان بينهما فرقا من جهة أخرى وهو ان الذمي بعد الالتحاق يسترق ولا يجبر على قبول الذمة ذكرا كان أو أنثى كما في المحيط بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام لان كفر المرتد أغلظ وسيأتي ان المرتدة تسترق بعد اللحاق رواية واحدة وقبله في رواية وأفاد بالتشبيه ان المال الذي لحق به بدار الحرب فيء كالمرتد ليس لورثتهما أخذه بخلاف ما اذا رجع الى دار

بل باللحاق ثمة أو بالغلبة على موضع الحراب وصاروا كالمرتدين

أو نسبته ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وتمامه فيه قلت وفي حاشية السيد أبي السعود عن الذخيرة ما يؤيده حيث قال وفي الذخيرة اذا ذكره بسوء يعتقده ويتدين به بان قال انه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه الى الكذب فعند بعض الائمة لا ينتقض عهده اما اذا ذكره بما لا يعتقده ولا يتدين به كما لو نسبه الى الزنا أو طعن في نسبه ينتقض اه (قوله واستدلاله في المحيط الخ) قلت يجاب عنه بأنه قصد الاستدلال بمفهوم الدلالة كما يشير اليه قوله ولانه لو فعله المسلم الخ تأمل (قوله ولا ينتقض بالقول) قال في النهر ويشكل عليه ما قدمناه من انه لو امتنع من قبول الجزية نقض عهده وليس ذلك الا بالقول اه

الاسلام بعد اللحاق وأخذ شيأ من ماله ولحق بدار الحرب فانه يكون لورثته لانه مالهم باللحاق
الاول والاحسن أن لا يقيد التشبيه بالشيئين فقط كما فعل الشارحون وانما يبقى على اطلاقه و
منه مسئلة الاسترقاق وعدم الجبر لما علمت من مسئلة المال الذى لحق به دار الحرب ولما في
ان أهل الذمة اذا انتقض عهدهم ثم عادوا الى الذمة أخذوا بحقوق كانت قبل النقض من القصاص
والمال لانه حق التزمه بعقد الذمة فلا يسقط بصيرورته حربا علينا ولم يؤخذوا بما أصابوا في المحار
وكذلك المرتدون لانهم بنقض العهد والردة التحقوا بسائر أهل الحرب وما أصاب أهل الحرب من
دمائنا وأموالنا لا يؤاخذون بذلك متى أسلموا كذا هذا اه ولما في فتح القدير انه كالمرتد في
الحكم بموته باللحاق واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه
زوجته الذمية التى خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته اه والحاصل انه اذا أخذ
أسيرا بعد الظهور فقد استرق ولا يتصور منه جزية كما صرح به في فتح القدير آخرا واذا جاء
نفسه تائبا عادت ذمته كما أفاده أولا وفي فتح القدير أيضا فان عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون
فيأ وفي رواية لا اه ويحمل على ما اذا لم يعد تائبا فقد علمت ان التشبيه في سبعة أشياء كما لا
(قوله ويؤخذ من تغلبي وتغلبية ضعف زكاتنا) أى المسلمين وتغلب بن وائل من العرب من ر
تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر رضى الله عنه دعاهم عمر الى الجزية فابوا وأنفوا
وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق
بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون
من الجزية فلا تعن عليك عدوا بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضى الله عنه في
وضعف عليهم فاجمعت الصحابة رضى الله عنهم على ذلك ثم الفقهاء ففي كل أربعين شاة شاتان ولا زيادة
حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه وعلى هذا في البقر والابل كذا في فتح القدير أفاد بتسويته
بين الذكر والانثى الى ان المأخوذ وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها اذ
الصلح وقع على ذلك فلا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى
جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه ولا يهز والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يخص
الجزية وخرج الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا
بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض وليست عبادة وفي التتارخانية معزيا الى ا
لو حدث ولد ذكر بين نجرانى وبين تغلبي من جارية بينهما وادعياه جميعا معا ثبتت الابوان وكبر الو
تؤخذ منه الجزية وذكر في السير ان مات التغلبي أولا تؤخذ منه جزية أهل نجران وان مات النجراني
أولا تؤخذ منه جزية بنى تغلب وان ماتا معا يؤخذ النصف من هذا والنصف من ذلك اه وا
في الخانية على ما في السير والتغلبي بالتاء المثناة الفوقية والغين المعجمة وفي كتاب الخراج لابي يو
ان عمر رضى الله عنه حين صالحهم شرط عليهم ان لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية (قوله
ومولاه كمولى القرشي) أى ومعتق التغلبي ومعتق القرشي واحد في عدم التبعية للاصل فيوضع
الخراج والجزية على معتقهما الا ان الصدقة المضاعفة تخفيف والمعتق لا يلحق بالاصل فيه ألا ترى ا
الاسلام أعلى أسباب التخفيف ولا تبعية فيه فيلحق بهما الا ان مولى الهاشمى كالهاشمى في حرمة الصدقة
عليه لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمى به وبه بطل قياس
زفر مولى التغلبي على مولى الهاشمى لكن نقض بمولى الغنى تحرم الصدقة عليه ولم تتعد الى مولا

ويؤخذ من تغلبي وتغلبية ضعف زكاتنا ومولاه كمولى القرشي

(قوله حتى تبلغ مائة وعشرين) هكذا في النسخ ورأيته كذلك في الفتح والعناية والظاهر ان فيه سقطا والاصل مائة واحدى وعشرين كما يعلم مما قرر في كتاب الزكاة وعبارة غاية البيان الى عشرين ومائة فاذا زادت شاة ففيها أربع من الغنم

الفقير

والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والعمال والمقاتلة وذراريهم

الفقير ودفع بأن الغني أهل للصدقة في الجملة وانما الغني مانع عن الاسقاط عن المعطي ولم يتحقق المانع في حق مولاه بخص السيد أما الهاشمي فليس أهلا لهذه الصدقة أصلا لشرفه ولذا لا يعطى لو كان عاملا بخلاف الغني فالحق مولاه به لان التكريم أن لا تنسب اليه الاوساخ بنسبة وأما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فانما هو في حكم خاص وهو عدم دفع الزكاة اليه بدليل الاجماع على ان مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة (قوله والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والعمال والمقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فانه وصل للمسلمين بغير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب وفائدة ذلك انه لا يخمس ولا يقسم بين الغانمين كذا في الجوهرة وفيها معزيا الى الذخيرة انما يقبل الامام هدية أهل الحرب اذا غلب على ظنه ان المشرك وقع عنده ان المسلمين يقاتلون لاعلاء كلمة الله واعزاز الدين لا لطلب الدنيا اما من كان من المشركين يغلب على الظن انه يظن ان المسلمين يقاتلون طمعا لا يقبل هديته وانما يقبل من شخص لا يطمع في ايمانه لو ردت هديته أما من طمع في ايمانه اذا ردت هديته لا يقبل منه اه ثم اعلم ان ظاهر المتون ان الذراري يعطون بعد موت آبائهم كما يعطون في حياتهم وتعليل المشايخ يدل على انه مخصوص بحياة آبائهم ولم أر نقلا صريحا في الاعطاء بعد موت آبائهم حالة الصغر والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع كذا في العناية والضمير في قوله منهم يعود الى الكفار فيشمل ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة اذا مروا عليه ومال نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم وأواد بالتمثيل الى انه يصرف أيضا هذا النوع لنحو الكراع والسلاح والعدة للعدو وحفر انهار العامة وبناء المساجد والنفقة عليها ذكره قاضيخان في فتاواه من كتاب الزكاة فقد أفاد من ان المصالح بناء المساجد والنفقة عليها فيدخل فيه الصرف على اقامة شعائرها من وظائف الامامة والاذان ونحوهما وفي المحيط ان هذا النوع يصرف الى ارزاق الولاة وأعوانهم وارزاق القضاة والمفتين والمحتسبين والمسلمين وكل من تقلد شيأ من أمور المسلمين والى ما فيه صلاح المسلمين اه وفي التجنيس ذكر من المصارف المعلمين والمتعلمين فقال في فتح القدير وبهذا يدخل طلبة العلم بخلاف المذكورين هنا لانه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين اه وفي فتاوى قاضيخان من الحظر والاباحة سئل علي الرازي عن بيت المال هل للاغنياء فيه نصيب قال لا الا أن يكون عاملا أو قاضيا وليس للفقهاء فيه نصيب الا فقيه فرغ نفسه لتعليم الناس الفقه أو القرآن اه فيحمل ما في التجنيس على ما اذا فرغ نفسه لذلك بان صرف غالب أوقاته في العلم وليس مراد الرازي الاقتصار على العامل أو القاضي بل أشار بهما الى كل من فرغ نفسه لعمل المسلمين فيدخل الجندي والمفتي فيستحقان الكفاية مع الغنى وفي الظهيرية من كتاب الزكاة ويبدأ من الخراج بارزاق المقاتلة وارزاق عيالهم فاذا فضل شئ يجوز أن يصرف الى الفقراء ويجوز صرف الخراج الى نفقة الكعبة وفي المنتقى ان تركة أهل الذمة كالخراج اه والضمير في قوله وذراريهم يعود الى الكل من القضاة والعلماء والمقاتلة لان العلة تشمل الكل كما ذكره مسكين وفي عبارة الهداية ما يوهم اختصاصه بالمقاتلة وليس كذلك وفي المحيط من الزكاة والرأي الى الامام من تفضيل وتسوية من غير أن يميل في ذلك الى هوى ولا يحل لهم الا ما يكفيهم

(قوله ولم أر نقلا صريحا في الاعطاء الخ) قال بعض محشي الدر المختار نقل الشيخ عيسى الصفتي في رسالته ما نصه قال أبو يوسف في كتاب الخراج ان من كان مستحقا من بيت المال وفرض له استحقاقه فيه فانه يفرض لذريته أيضا تبعا له ولا يسقط بموته وقال صاحب الحاوي الفتوى على انه يفرض لذراري العلماء والفقهاء والمقاتلة ومن كان مستحقا في بيت المال ولا يسقط ما فرض لذراريهم بموتهم اه قلت ولم أر ذلك في الحاوي القدسي فلعله الحاوي الزاهدي وجعل المقدسي اعطاءهم بالاولى قال لشدة احتياجهم سيما اذا كانوا يجتهدون في سلوك طريق آبائهم (قوله كما ذكره مسكين) صوابه العيني فان عبارة مسكين نصها أي ذراري

ويكفى أعوانهم بالمعروف وان فضل من المال شئ بعد ايصال الحقوق الى أربابها قسمه بين المسلمين فان قصر فى ذلك وقعد واعنه كان الله حسيبا عليهم اه وفى مآل الفتاوى لكل قارئ فى كل سنة مائتا دينار أو ألفا درهم ان أخذها فى الدنيا والا يأخذها فى الآخرة اه والمراد بالقارئ المفتى لما فى الحاوى القدسى ولم يقدر فى ظاهر الرواية قدر الارزاق والاعطية سوى قوله ما يكفيهم وذراريهم وسلاحهم وأهاليهم وما ذكر فى الحديث لحافظ القرآن وهو المفتى اليوم مائتا دينار وعن عمر رضى الله عنه انه زاد فيه دليل على قدر الكفاية اه وفى القنية من كتاب الوقف كان أبو بكر رضى الله عنه يسوى فى العطاء من بيت المال وكان عمر رضى الله عنه يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل والاخذ بما فعله عمر رضى الله عنه فى زماننا أحسن فتعتبر الامور الثلاثة اه وفى موضع آخر منها من له حظ فى بيت المال ظفر بما هو وجه لبيت المال فله ان يأخذه ديانة وللامام الخيار فى المنع والاعطاء فى الحكم اه وفى الظهيرية السلطان اذا جعل خراج الارض لصاحب الارض وتركه له جاز فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد والفتوى على قول أبى يوسف اذا كان صاحب الارض من أهل الخراج وعلى هذا التسويغ للقضاة والفقهاء ولو جعل العشر لصاحب الارض لم يجز فى قولهم وفى الحاوى القدسى ما يخالفه فانه قال واذا ترك الامام خراج أرض رجل أو كرمه أو بستانه ولم يكن أهلا لصرف الخراج اليه عند أبى يوسف يحل له وعليه الفتوى وعند محمد لا يحل له وعليه رده وهذا يدل على ان الجاهل اذا أخذ من الجوالى شيأ يجب عليه رده لقول محمد رحمه الله لا يحل وعليه ان يرده الى بيت المال أو الى من هو أهل لذلك كالمفتى والقاضى والجندى وان لم يفعل اثم اه ومن هنا يعلم حكم الاقطاعات من أراضى بيت المال فان حاصلها ان الرقبة لبيت المال والخراج لمن أقطع له ملك للمقطع فلا يصح بيعه ووقفه واخراجه عن الملك وقد صرح به العلامة قاسم فى فتاواه وان له الاجارة تخريجا على اجارة المستأجر واجارة العبد الذى صولح على خدمته مدة معلومة واجارة الموقوف عليه الغلة واجارة العبد المأذون وان لم يملكوا الرقبة لملك المنفعة وصرح بانه اذا مات الجندى أو أخرج السلطان الاقطاع عنه تنفسخ الاجارة اه ثم اعلم ان أموال بيت المال أربعة أنواع ما ذكرناه الثانى الزكاة والعشر ومصرفهما ما بين فى باب المصرف من الزكاة الثالث خمس الغنائم وقد تقدم مصرفه فى كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التى لا وارث لها أو ديات مقتول لا ولى له ولم يذكره المصنف قالوا مصرفه اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم وعلى الامام أن يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه فلا يخلط بعضه ببعض لان لكل نوع حكما يختص به فان لم يكن فى بعضها شئ فللامام ان يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه الى أهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شئ رده الى المستقرض منه الا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه شيأ لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره اذا صرفه للمستحق ويجب على الامام أن يتقى الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فان قصر فى ذلك كان الله عليه حسيبا كذا فى التبيين وفى الحاوى القدسى والمحيط ولا شئ لاهل الذمة فى بيت مال المسلمين الا أن يكون ذميا هلك لضعفه فيعطيه الامام منه قدر ما يسد جوعته اه (قوله ومن مات فى نصف السنة حرم عن العطاء) لانه نوع صلة وليس بدين فلهذا يسمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والمراد بالحرمان عدم الاعطاء له وجوبا

ومن مات فى نصف السنة حرم عن العطاء

المقاتلة ونص عبارة العينى الظاهر ان ضمير ذراريهم يرجع الى الكل لان التعليل فى المقاتلة موجود فى الكل ونحوه فى شرح القراحصارى كما فى حاشية أبى السعود (قوله انه زاد فيه دليل على قدر الكفاية) كذا فى النسخ والذى رأيته فى الحاوى انه زاد فيه بدون ما بعده من قوله دليل الخ (قوله وفى الحاوى القدسى ما يخالفه) قال فى النهر ما نقله فى الحاوى القدسى مخالف لما نقله العامة عن أبى يوسف اه وقال الرملى الظاهر ان فى عبارة الحاوى سقطا وأصلها لا يحل وان كان أهلا لصرف الخراج اليه عند أبى يوسف يحل له الخ وذلك لان النقول متظاهرة على تقييده بالاهل

واستحبابا وقيد بنصف السنة لانه لومات فى آخرها يستحب الصرف الى قريبه لانه قد أوفى تعبه فيستحب له الوفاء ثم قيل رزق القاضى ومن فى معناه يعطى فى آخر السنة واختلفوا فيما اذا أخذه أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقى وقيل لا يجب عندهما كالنفقة المعجلة الا عند محمد والله تعالى أعلم

﴿باب أحكام المرتدين﴾

شروع فى بيان الكفر الطارئ بعد الاصلى والمرتد فى اللغة الراجع مطلقا وفى الشريعة الراجع عن دين الاسلام كما فى فتح القدير وفى البدائع ركن الردة اجراء كلمة الكفر على اللسان والعياذ بالله بعد وجود الايمان وشرائط صحتها العقل فلا تصح ردة المجنون ولا الصبى الذى لا يعقل واما من جنونه منقطع فان ارتد حال الجنون لم يصح وان ارتد حال افاقته صحت وكذا لا تصح ردة السكران الذاهب العقل والبلوغ ليس بشرط لصحتها من الصبى عندهما خلافا لابى يوسف وكذا الذكورة ليست شرطا ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره عليها اهـ والايمان التصديق بجميع ما جاء به محمد صلى الله عليه وسلم عن الله تبارك وتعالى مما علم مجيئه به ضرورة وهل هو فقط أو هو مع الاقرار قولان فاكثر الحنفية على الثانى والمحققون على الاول والاقرار شرط اجراء أحكام الدنيا بعد الاتفاق على انه يعتقد متى طولب به أتى به فان طولب به فلم يقر فهو كفر عناد والكفر لغة الستر وشرعا تكذيب محمد صلى الله عليه وسلم فى شئ مما ثبت عنه ادعاؤه ضرورة وفى المسايرة ولاعتبار التعظيم المنافى للاستخفاف كفر الحنفية بالفاظ كثيرة وافعال تصدر من المتهتكين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافا بها بسبب انه انما فعلها النبى صلى الله عليه وسلم زيادة أو استقباحها كمن استقبح من آخر جعل بعض العمامة تحت حلقه أو احفاء شاربه اهـ وفى فتح القدير ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التى يكفر بها تعرف فى الفتاوى اهـ فهذا وما قبله صريح فى ان ألفاظ التكفير المعروفة فى الفتاوى موجبة للردة عن الاسلام حقيقة وفى البزازية ويحكى عن بعض من لا سلف له انه كان يقول ما ذكر فى الفتاوى انه يكفر بكذا وكذا فذلك للتخويف والتهويل لا لحقيقة الكفر وهذا كلام باطل الى آخره والحق ان ما صح عن المجتهد فهو على حقيقته وأما ما ثبت عن غيره فلا يفتى به فى مثل التكفير ولذا قال فى فتح القدير من باب البغاة ان الذى صح عن المجتهدين فى الخوارج عدم تكفيرهم ويقع فى كلام أهل المذهب تكفير كثير لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء اهـ فيكفر اذا وصف الله تعالى بما لا يليق به أو سخر باسم من أسمائه أو بأمر من أوامره أو أنكر وعده أو وعيده أو جعل له شريكا أو ولدا أو زوجة أو نسبه الى الجهل أو العجز أو النقص واختلفوا فى قوله فلان فى عينى كاليهودى فى عين الله فيكفره الجمهور وقيل لا ان عنى به استقباح فعله وقيل يكفر ان عنى الجارحة لا القدرة والاصح مذهب المتقدمين فى المتشابه كاليد واختلفوا فى جواز ان يقال بين يدى الله ويكفر بقوله يجوز ان يفعل الله فعلا لا حكمة فيه وباثبات المكان لله تعالى فان قال الله فى السماء فان قصد حكاية ما جاء فى ظاهر الاخبار لا يكفر وان أراد المكان كفر وان لم يكن له نية كفر عند الاكثر وهو الاصح وعليه الفتوى ويكفر ان اعتقد ان الله تعالى يرضى بالكفر وبقوله لو أنصفنى الله تعالى يوم القيامة انتصفت منك أو ان قضى الله يوم

﴿باب أحكام المرتدين﴾

﴿باب أحكام المرتدين﴾

(قوله واختلفوا فى جواز ان يقال بين يدى الله تعالى) قال فى البزازية قيل لا تجوز هذه اللفظة وقيل تجوز فانه قد جاء فى الحديث انه يوقف بين يدى الله تعالى على الصراط قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله هذا اللفظ موسع بالعربية والفارسية يطلق على الله تعالى وان كان تعالى منزها عن الجهة وجوزه السرخسى أيضا ومن يتحرز عن اطلاقه بالفارسية فانما ذلك مخافة فتنة الجهال فأما من حيث الدين فلا بأس به

القيامة أو اذا أنصف الله و بقوله بارك الله في كذبك و بقوله الله جلس للانصاف أو قام له و بقوله هذا الاعرض هذا ممن نسيه الله أو منسي الله على الاصح و بوصفه تعالى بالفوق أو بالتحت و بظنه ان الجنة وما فيها للفناء عند البعض و بقوله لامرأته أنت أحب الى من الله وقيل لا و بقوله لا أخاف الله أو لا أخشاه عند البعض ومحل الاختلاف عند عدم قصد الاستهزاء و بقولها لاجوابا لقوله اما تعرفين الله على الظاهر و بقوله لا أريد اليمين بالله وانما أريد اليمين بالطلاق أو بالعتاق عند البعض خلافا للعامة وهو الاصح و بقوله رأيت الله في المنام و بقوله المعدوم ليس بمعلوم الله تعالى و بقول الظالم انا أفعل بغير تقدير الله تعالى و بادخاله الكاف في آخر الله عند نداء من اسمه عبد الله وان كان عالما على الاصح و بتصغير الخالق عمدا عالما و بقوله ليتني لم أسلم الى هذا الوقت حتى أرث أبي و بقوله ان كنت فعلت كذا أمس فهو كافر وهو يعلم انه قد فعله اذا كان عنده انه يكفر به وعليه الفتوى و بقوله الله يعلم اني فعلت كذا وهو يعلم انه ما فعل عند العامة ان كان اختيار الامخافة و بقوله ان كنت قلته فانا كافر وهو يعلم انه قاله و بقوله انا برىء من الله لولا ولم يتم تعليقه خلافا للبعض قياسا على أنت طالق ثلاثا ولولا لم يقع و بقولها نعم جوابا لقوله أتعلمين الغيب و بتزوجه بشهادة الله ورسوله و بقوله فلان يموت بهذا المرض عند البعض و بقوله عند رقاء الهامة يموت أحد عند البعض والاصح عدمه و بقوله عند رؤية الدائرة التي تكون حول القمر يكون مطر مدعيا علم الغيب و برجوعه من سفره عند سماع صياح العقعق عند البعض و باتيان الكاهن وتصديقه و بقوله أنا أعلم المسروقات و بقوله أنا أخبر عن اخبار الجن اياي و بعدم الاقرار ببعض الانبياء عليهم السلام أو عيبه نبيا بشيء أو عدم الرضا بسنة من سنن المرسلين و بقوله لا أعلم ان آدم عليه السلام نبي أولا ولو قال آمنت بجميع الانبياء عليهم السلام و بعدم معرفة ان محمدا صلى الله عليه وسلم آخر الانبياء عند البعض و بنسبته نبيا الى الفواحش كعزمه على الزنا وقيل لا و بقوله ان الانبياء عصوا وان كل معصية كفر و بقوله لم تعص الانبياء حال النبوة وقبلها لرده النصوص لا بقوله لا أقبل شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في الاموال فكيف أقبلها امثلك ولا بانكاره نبوة الخضر وذي الكفل عليهما السلام لعدم الاجماع على نبوتهما و يكفر من أراد بغض النبي صلى الله عليه وسلم بقلبه و بقوله لو كان فلان نبيا لا أومن به لا بقوله لو كان صهري رسول الله لا أئتمر بأمره و يكفر بقوله ان كان ما قال الانبياء حقا أو صدقا و بقوله أنا رسول الله و بطلبه المعجزة حين ادعى رجل الرسالة وقيل اذا أراد اظهار عجزه لا يكفر واختلف في تصغيره شعر النبي صلى الله عليه وسلم الا اذا أراد الاهانة فيكفر أما اذا أراد التعظيم فلا و بقوله لا أدري أكان النبي صلى الله عليه وسلم انسيا أو جنيا و بشتمه رجلا اسمه محمد و كنيته أبو القاسم ذاكرا للنبي صلى الله عليه وسلم عند البعض و بشتمه محمدا صلى الله عليه وسلم حين أكره على شتمه قائلا قصدته و بقوله جن النبي صلى الله عليه وسلم ساعة لا بقوله أغمي عليه واختلفوا فيمن قال لو لم يأكل آدم عليه الصلاة والسلام الحنطة ما صرنا أشقياء و برده حديثا مرويا ان كان متواترا أو قال على وجه الاستخفاف سمعناه كثيرا و بتمنيه أن لا يكون بعض الانبياء نبيا مريدا به الاستخفاف به أو عداوته لا بقوله لو لم يبعث الله نبيا لم يكن خارجا عن الحكمة و بقوله أنا لا أحبه حين قيل له ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب القرع وقيل ان كان على وجه الاهانة و بقولها نعم حين قال لها أو شهد عندك الانبياء والملائكة لا تصدقيهم حين قالت له لا تكذب و باستخفافه بسنة من السنن و بقوله لا أدري ان النبي في القبر مؤمن أم كافر و بقوله ما كان علينا نعمة من

(قوله و بقوله أنا أخبر عن اخبار الجن اياي) قال في البزازية لان الجن كالانس لا تعلم الغيب قال الله تعالى ان لو كانوا يعلمون الغيب الآية في الجن

النبي عليه السلام لان البعثة من أعظم النعم ويقذفه عائشة رضي الله عنها من نسائه صلى الله عليه وسلم فقط وبانكاره صحبة أبي بكر رضي الله عنه بخلاف غيره وبانكاره امامة أبي بكر رضي الله عنه على الاصح كانكاره خلافة عمر رضي الله عنه على الاصح لا بقوله لولا نبينا لم يخلق آدم عليه السلام وهو خطأ ويكفر بقوله لو أمرني الله بكذا لم أفعل ولو صارت القبلة الى هذه الجهة ما صليت أو لو أعطاني الله الجنة لا أريدها دونك أو لا أدخلها مع فلان أو لو أعطاني الله الجنة لاجلك أو لاجل هذا العمل لا أريدها وأريد رؤيته وبقوله لا أترك النقد لاجل النسيئة جوابا لقوله دع الدنيا للآخرة وبقوله لو أمرني الله بالزكاة أكثر من خمسة دراهم أو بالصوم أكثر من شهر لا أفعل وبقوله الايمان يزيد وينقص وبقوله لا أدري الكافر في الجنة أو في النار أو لا أدري أين يصير الكافر ويقتل بقوله أنا العن المذهبين جوابا لقوله على أي المذهبين أنت أبي حنيفة أو الشافعي وان تاب عزر ويكفر بانكاره أصل الوتر والاضحية وباستحلال وطء الحائض لا بقوله ليس لي موضع شبر في الجنة لاستقلاله العمل ولا بقوله لا تكتب الحفظة على هذا الرجل ولا بقوله هذا مكان لا اله فيه ولا رسول الا اذا قصد به انكار الدين ولا بقول المرأة لا أتعلم ولا أصلي جوابا لقول الزوج تعلمي ولا بانكار العشر أو الخراج ولا يفسق خصوصا في هذا الزمان ولا بقوله من أكل حراما فقد أكل ما رزقه الله لكنه أثم ويكفر باستحلاله حراما علمت حرمته من الدين من غير ضرورة لا بفعله من غير استحلال خلافا لما عن محمد رحمه الله في أكل الخنزير ولما عن أبي حفص في الخمر والفتوى على الاول ويكفر بقوله للقبيح انه حسن وبقوله لغيره رؤيتي اياك كرؤية ملك الموت عند البعض خلافا للاكثر وقيل به ان قاله لعداوته لا لكراهة الموت وبقوله لا أسمع شهادة فلان وان كان جبريل أو ميكائيل عليهما السلام وبعيبه ملكا من الملائكة أو الاستخفاف به لا بقوله أنا أطن ان ملك الموت توفي ولا يقبض روحي مجازا عن طول عمره الآن يعني به العجز عن توفيه ويكفر اذا أنكر آية من القرآن أو سخر باية منه الا المعوذتين ففي انكارهما اختلاف والصحيح كفره وقيل لا وقيل ان كان عاميا يكفر وان كان عالما لا وبوضع رجله على المصحف عند الحلف مستخفا وبقراءة القرآن على ضرب الدف أو القصب وباعتقاد أن القرآن مخلوق حقيقة والمزاح بالقرآن كقوله التفت الساق بالساق أو ملأ قدحا وجاء به وقال وكأسا دهاقا أو قال عند الكيل أو الوزن واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون وقيل ان كان جاهلا لا يكفر وبقوله القرآن أعجمي ولو قال فيه كلمة أعجمية ففي أمره نظر وفي تسميته آلة الفساد كراسته وبقراءة القارئ يا أيها الناس قد جاءكم برهان من ربكم مريدا مدرسا اسمه ابراهيم وبنظمه القرآن بالفارسية وببراءته من القرآن لا من خافه لكن قال الوبري أخاف كفره وبانكاره القراءة في الصلاة وقيل لا وبقول المريض لا أصلي أبدا جوابا لمن قال له صلي وقيل لا وكذا قوله لا أصلي حين أمر بها وقيل انما يكفر اذا قصد نفي الوجوب وبقول العبد لا أصلي فان الثواب يكون للولي وبقوله جوابا لمصل ان الله نقص من مالي فأنا أنقص من حقه وبقول مصلي رمضان فقط ان الصلاة في رمضان تساوي سبعين صلاة وبترك الصلاة متعمدا غير ناو للقضاء وغير خائف من العقاب وبصلاته لغير القبلة متعمدا أو في ثوب نجس أو بغير وضوء عمدا

(قوله ويقذفه عائشة الخ) قال في التتارخانية ولو قذف سائر نساء النبي صلى الله عليه وسلم لا يكفر ويستحق اللعنة الا عائشة رضي الله تعالى عنها أوعمهن (قوله لا بقوله لولا نبينا لم يخلق آدم) قال في التتارخانية وفي جواهر الفتاوى هل يجوز أن يقال لولا نبينا محمد صلى الله تعالى عليه وسلم لما خلق الله تعالى آدم قال هذا شيء يذكره الوعاظ على رؤس المنابر يريدون به تعظيم محمد عليه الصلاة والسلام والاولى أن يحترزوا عن أمثال هذا فان النبي عليه الصلاة والسلام وان كان عظيم المنزلة والمرتبة عند الله تعالى كان لكل نبي من الانبياء عليهم السلام منزلة ومرتبة وخاصته ليست لغيره فيكون كل نبي أصلا بنفسه (قوله ولا بقوله من أكل حراما فقد أكل ما رزقه الله لكنه أثم) الظاهر ان هذا الفرع مبني على رأي المعتزلة لان الرزق عند أهل السنة ما يسوقه الله تعالى الى الحيوان فيأكله وعند الجمهور ما ينتفع به أكلا أو لبسا أو غيرهما وان ذلك المساق قد يكون حلالا وقد يكون حراما وعند المعتزلة الحرام ليس برزق لانهم فسروه بمملوك يأكله المالك ومبنى الاختلاف على ان الاضافة الى الله تعالى معتبرة في مفهوم الرزق وانه لا رازق الا الله تعالى وحده وان العبد يستحق الذم والعقاب على أكل الحرام وما يكون مستندا الى الله تعالى لا يكون قبيحا ومرتكبه لا يستحق الذم بناء على أصلهم الفاسد وتمام مبحثه والجواب عنه مذكور في كتب العقائد فتأمل

والمأخوذ به الكفر في الاخير فقط وقيل لا في الكل ومحل الاختلاف اذا لم يكن استخفافا بالدين لا بجحوده بغير طهارة ويكفر بإتيانه عيد المشركين مع ترك الصلاة تعظيما لهم وبقوله لا أؤدي الزكاة بعد الامر باداتها على قول ولو تمنى ان لا يفرض رمضان فالصواب انه على نيته ويكفر بقوله جاء الشهر الثقيل الا اذا أراد التعب لنفسه وباستهانته بالشهور المفضلة وبقوله ان هذه الطاعات جعلها الله تعالى عذابا علينا بلا تأويل أو قال لو لم يفرض الله هذه الطاعات لكان خيرا لنا وبالاستهزاء بالاذكار وبتسميته عند أكل الحرام أو فعل حرام كالزنا واختلف في تحميده عند الفراغ منه وبقوله لا أقول عند أمره بقوله لا اله الا الله وقيل لا ان عنى أني لا أقول بامرك ولا يكفر المريض اذا قيل له قل لا اله الا الله فقال لا أقول ويكفر بالاستهزاء بالاذان لا بالمؤذن وبانكاره القيامة أو البعث أو الجنة أو النار أو الميزان أو الحساب أو الصراط أو الصحائف المكتوب فيها أعمال العباد لا اذا أنكر بعث رجل بعينه واختلف في تكفير امرأة لا تعرف ان اليهود يبعثون وسئل أبو يوسف رحمه الله عن امرأة لا تعرف ان الكفار يدخلون النار فقال تعلم ولا تكفر ويكفر بانكاره رؤية الله عز وجل بعد دخول الجنة وبانكاره عذاب القبر وبقوله لا أعلم ان اليهود والنصارى اذا بعثوا هل يعذبون بالنار وبانكار حشر بني آدم أو غيرهم ولا بقوله ان المثاب والمعاقب الروح فقط و بقوله سلمتها الى من لا يمنع السارق جوابا لمن وضع ثيابه وقال سلمتها الى الله ويخاف الكفر على من قال للآمر بالمعروف غوغا على وجه الرد والانكار ويكفر بقوله له فضولي ويخاف عليه بقوله أيهما أسرع وصولا جوابا لمن قال له حلال واحد أحب اليك أم حرامان ويكفر بتصدقه على فقير بشيء حرام يرجو الثواب وبدعاء الفقير له عالما به وبتأمين المعطي وبقوله الحرام أحب الي جوابا لقول القائل له كل من الحلال لا بقوله اني أحتاج الى كثرة المال والحلال والحرام عندي سواء ولا بقوله للحرام هذا حلال من غير أن يعتقده فلا يكفر السوقي بقوله هذا حلال للحرام ترويجا لشرائه والاصل ان من اعتقد الحرام حلالا فان كان حراما لغيره كمال الغير لا يكفر وان كان لعينه فان كان دليله قطعيا كفر والا فلا وقيل التفصيل في العالم أما الجاهل فلا يفرق بين الحلال والحرام لعينه ولغيره وانما الفرق في حقه انما كان قطعيا كفر به والا فلا فيكفر اذا قال الخمر ليس بحرام وقيده بعضهم بما اذا كان يعلم حرمتها لا بقوله الخمر حرام ولكن ليست هذه التي تزعمون انها حرام ويكفر من قال ان حرمة الخمر لم تثبت بالقرآن ومن زعم ان الصغائر والكبائر حلال وباستحلاله الجماع للحائض لا في الاستبراء وقيل لا في الاول وهو الصحيح ولا باستحلال سؤر كلب أو ريع أرض غصب وباستحلال اللواطة ان علم حرمته من الدين وبقوله هي لي حلال حين نهي عن تقبيله أجنبية و[illegible] له الشريعة كلها تلبيس أو حيل ان قال في كل الشرائع لا فيما يرجع الى المعاملات مما تصح فيه الحيل الشرعية وقيل يكفر في الاول مطلقا ويخاف عليه الكفر اذا شتم عالما أو فقيها من غير سبب ويكفر بقوله لعالم ذكر الحمار في است علمك يريد به علم الدين وبجلوسه على مكان مرتفع والتشبه بالمذكرين ومعه جماعة يسألون منه المسائل ويضحكون منه ثم يضربونه بالمخراق وكذا يكفر الجميع لاستخفافهم بالشرع وكذا لو لم يجلس على مكان مرتفع ولكن يستهزئ بالمذكرين ويمشي وا يضحكون وبالقاء الفتوى على الارض حين أتى بها خصمه وبقوله لا تذهب وان ذهبت تطلق امرأته استهزاء بالعلم والعلماء جوابا لمن قال الى مجلس العلم جوابا لقوله أين تذهب وبقوله قصعة من ثريد خير من العلم لا بقوله خير من الله لارادته انها نعمة من الله والاول لا تأويل له سوى الاستخفاف بال

(قوله ويكفر بتصدقه على فقير) قال في البزازية بعد كلام فعلم أن مسئلة التصدق أيضا محمولة على ما اذا تصدق بالحرام القطعي أما اذا أخذ من انسان مائة ومن آخر مائة وخلطهما ثم تصدق لا يكفر لانه قبل أداء الضمان وان كان حرام التصرف لكنه ليس بحرام بعينه بالقطع

(قوله وباستحلاله الجماع للحائض) قال في الخانية قال أبو بكر البلخي الجماع في الحيض كفر وفي الاستبراء بدعة وضلال وليس بكفر وعن ابراهيم ابن رستم انه قال ان استحل الجماع في الحيض متأولا ان النهي ليس للتحريم أو لم يعرف النهي لم يكفر وان عرف النهي واعتقد ان النهي للتحريم ومع ذلك استحل كان كافرا وعن شمس الائمة السرخسي ان استحلال الجماع في الحيض كفر من غير تفصيل

ويقول المريض المشتد مرضه ان شئت توفني مسلما وان شئت كافرا وبقول المبتلى أخذت مالي وأخذت ولدي وأخذت كذا وكذا فماذا تفعل وماذا بقي وبقوله عمدا لا جوابا لمن قال له ألست مسلما حين ضرب عبده أو ولده ضربا شديدا الا ان غلط أو قصد الجواب وبقول الزوج ليس لي حمية ولا دين الاسلام حين قالت له امرأته ذلك وبقوله لمسلم يا كافر عند البعض ولواحد الزوجين للآخر والمختار للفتوى أن يكفر ان اعتقده كافرا الا ان أراد شتمه وبقوله لبيك جوابا لمن قال يا كافر يا يهودي يا مجوسي وبقوله أنا ملحد لان الملحد كافر ولو قال ما علمته لا يعذر وبقول المعتذر لغيره كنت كافرا فأسلمت عند بعضهم وقيل لا وبقوله كنت مجوسيا أسلمت الآن وبنسيان العاصي التوبة وتحقير الذنب وعدم رؤية العقوبة بالذنب وعدم رؤية المعاصي قبيحة وبعدم رؤية الطاعة حسنا وبعدم رؤيته الثواب على الطاعة وبعدم رؤيته وجوب الطاعات وبقوله كفرت حين تكلم بكلمة زعم القوم انها كفر وليست بكفر فقيل له كفرت وطلقت زوجتك وتكفر المرأة اذا تكلمت بالكفر لقصد ان تحرم على زوجها والايمان مستقر في قلبها وقولها أصير كافرة حتى أتخلص من الزوج ومن قصد الكفر ساعة أو يوما فهو كافر في جميع العمر وبتمنيه الكفران لو كان كافرا فأسلم حين أسلم كافرا فأعطى شيأ وبتمنيه ان لم يحرم الظلم والزنا والقتل بغير حق وكل حرام لا يكون حلالا في وقت بخلاف الخمر ومنا كحة المحارم وبتمنيه ان لو كان نصرانيا حتى يتزوج نصرانية جميلة رآها وبوضع قلنسوة المجوسي على رأسه على الصحيح الا لضرورة دفع الحر أو البرد وبشد الزنار في وسطه الا اذا فعل ذلك خديعة في الحرب وطليعة للمسلمين وبقول معلم صبيان اليهود خير من المسلمين بكثير فانهم يقضون حقوق معلمي صبيانهم وبقوله المجوسية خير مما أنا فيه يعني فعله وبقوله النصرانية خير من المجوسية لا بقوله المجوسية شر من النصرانية وبقوله النصرانية خير من اليهودية وينبغي أن يقول النصرانية شر من اليهودية وبقوله لمعاملة الكفر خير مما أنت تفعل عند بعضهم مطلقا وقيده الفقيه أبو الليث بان يقصد تحسين الكفر لا تقبيح معاملته وبخروجه الى نيروز المجوس والموافقة معهم فيما يفعلون في ذلك اليوم وبشرائه يوم النيروز شيأ لم يكن يشتريه قبل ذلك تعظيما للنيروز لا للأكل والشرب وباهدائه ذلك اليوم للمشركين ولو بيضة تعظيما لذلك اليوم لا باجابته دعوة مجوسي حلق رأس ولده وبتحسين أمر الكفار اتفاقا حتى قالوا لو قال ترك الكلام عند أكل الطعام من المجوسي حسن أو ترك المضاجعة حالة الحيض منهم حسن فهو كافر وبذبحه شيأ في وجه انسان وقت الخلعة أو للقادم من الحج أو الغزو والمذبوح ميتة وقيل لا يكفر وبقوله لسلطان زماننا عادل وقيل لا وعلى هذا الاختلاف قول الخطباء في ألقاب السلطان العادل الأعظم مالك رقاب الامم سلطان أرض الله مالك بلاد الله وبقوله لا تقل للسلطان هذا حين عطس السلطان فقال له رجل يرحمك الله وبسقي ولده الخمر فجاء أقرباؤه ونثروا الدراهم والسكر كفر الكل وكذا لو لم ينثروا الدراهم ولكنهم قالوا مبارك واختلفوا فيما اذا قال أحب الخمر فلا أصبر عنها ويكفر بتلقين كلمة الكفر ليتكلم بها ولو على وجه اللعب وبأمره امرأة بالارتداد لتبين من زوجها وبالافتاء بذلك وان لم تكفر المرأة بناء على ان الرضا بكفر غيره كفر وقيل لا وبعزمه على أن يأمر بالكفر وبقوله لمن ينازعه افعل كل يوم عشرة أمثالك من الطين أو لم يقل من الطين قاصدا من حيث الخالقية لا من حيث بيان صنعته ولا بقوله قد خلقت هذه الشجرة لانه يراد به عادة الغرس حتى لو عني به حقيقة الخالق يكفر ولا بقوله لغيره ينبغي لك أن تسجد لي سجدة لان المراد منه الشكر والمنة ويكفر بقوله أي شيء أصنع اذا لزمني الكفر

(قوله وبنسيان العاصي التوبة الى قوله وبعدم رؤيته الطاعة حسناء) أي يكفر برؤيته مجموع ذلك ولذا لم يكرر حرف الجر (قوله بناء على الرضا بكفر غيره كفر) قال في التتارخانية وفي النصاب الاصح انه لا يكفر بالرضا بكفر الغير وفي غرر المعاني لا خلاف بين مشايخنا ان الامر بالكفر كفر وفي شرح السير ان الرضا بكفر الغير انما يكون كفرا اذا كان يستخف الكفر ويستحسنه أما اذا أحب الموت أو القتل على الكفر لمن كان شديدا مؤذيا بطبعه حتى ينتقم الله تعالى منه فهذا لا يكون كفرا وقد عثرنا على رواية أبي حنيفة ان الرضا بكفر الغير كفر من غير تفصيل

جوابا لمن قال له أي شيء تصنع فقد لزمك الكفر وبابداله حرفا أو آية من القرآن عمدا أو باعتقاد
ن الخراج ملك السلطان لا بقوله أنا فرعون أو ابليس الا اذا قال اعتقادي كاعتقاد فرعون ومن حسن
الكلام أهل الاهواء وقال معنوي أو كلام له معنى صحيح ان كان ذلك كفرا من القائل كفر المحسن
وكذا من حسن رسوم الكفرة واختلفوا في تكفير من قال ان ابراهيم بن أدهم رأوه بالبصرة يوم
التروية وفي ذلك اليوم بمكة ومسئلة ثبوت النسب بين المشرقي وبين المغربية تؤيد القائل بعدمه
ويخاف الكفر على من قال بحياتي وحياتك وأجمعوا على أن من شك في ايمانه فهو كافر وهو أن
يكون مصدقا لكن يشك ان هذا التصديق ايمان أو كفر واختلفوا في أنا مؤمن ان شاء الله هذا
كله حاصل ما في التتارخانية من الفصول من باب ألفاظ التكفير سوى الفارسي وفي الخلاصة
يكفر بقوله أنا بريء من الثواب والعقاب وبقوله لو عاقبني الله مع ما بي من المرض ومشقة الولد
فقد ظلمني وبشد المرأة حبلا في وسطها وقالت هذا زنار ومن أبغض عالما من غير سبب ظاهر خيف
عليه الكفر ولو صغر الفقيه أو العلوي قاصدا الاستخفاف بالدين كفر لا ان لم يقصده والسجود
للجبابرة كفر ان أراد به العبادة لا ان أراد به التحية على قول الاكثر وفي البزازية قال علماؤنا من
قال أرواح المشايخ حاضرة تعلم يكفر ومن قال بخلق القرآن فهو كافر ومن قال ان الايمان مخلوق
فهو كافر كذا في كثير من الفتاوى وهو محمول على انه بمعنى هداية الرب وأما فعل العبد فهو
مخلوق واذا أخذ أحد المكس مقاطعة فقالوا له مبارك كفروا ووقعت بسراي الحديدة واقعة وهي
أن واحدا قاطع على مال معلوم احتسابا بها أعني الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فضربوا على بابه
طبولات وبوقات ونادوا مبارك باد لمقاطعته الاحتساب وكان امام الجامع فامتنعنا من الصلاة خلفه
حتى عرض على نفسه الاسلام أخذا من هذه المسئلة قال لرجل يا أحمر قال خلقني الله من سويق
التفاح وخلقك من طين كفر قال واحد من الفسقة لو وضعت هذه الخمرة بين يدي جبريل عليه السلام
لرفعها على جناحه يكفر ولا يكفر بقوله يا حاضر يا ناظر ولا بقوله درويش درويشان والقول بالكفر
بكل منهما باطل وفي جامع الفصولين روى الطحاوي عن أصحابنا لا يخرج الرجل من الايمان
الا بجحود ما أدخله فيه ثم ما تيقن انه ردة يحكم بها به وما يشك انه ردة لا يحكم بها اذ الاسلام الثابت
لا يزول بشك مع ان الاسلام يعلو وينبغي للعالم اذا رفع اليه هذا أن لا يبادر بتكفير أهل الاسلام مع
أنه يقضي بصحة اسلام المكره أقول قدمت هذه لتصير ميزانا فيما نقلته في هذا الفصل من المسائل
فانه قد ذكر في بعضها انه كفر مع أنه لا يكفر على قياس هذه المقدمة فليتأمل اه وفي الفتاوى
الصغرى الكفر شيء عظيم فلا أجعل المؤمن كافرا متى وجدت رواية أنه لا يكفر اه وقال قبله وفي
الجامع الاصغر اذا أطلق الرجل كلمة الكفر عمدا لكنه لم يعتقد الكفر قال بعض أصحابنا لا يكفر لان
الكفر يتعلق بالضمير ولم يعقد الضمير على الكفر وقال بعضهم يكفر وهو الصحيح عندي لانه استخف
بدينه اه وفي الخلاصة وغيرها اذا كان في المسئلة وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنع
التكفير فعلى المفتي أن يميل الى الوجه الذي يمنع التكفير تحسينا للظن بالمسلم زاد في البزازية الا اذا
صرح بارادة موجب الكفر فلا ينفعه التأويل حينئذ وفي التتارخانية لا يكفر بالمحتمل لان
الكفر نهاية في العقوبة فيستدعي نهاية في الجناية ومع الاحتمال لا نهاية اه والحاصل ان من
تكلم بكلمة الكفر هازلا أو لاعبا كفر عند الكل ولا اعتبار باعتقاده كما صرح به قاضيخان في
فتاواه ومن تكلم بها مخطئا أو مكرها لا يكفر عند الكل ومن تكلم بها عالما عامدا كفر عند الكل

(قوله لم يبين صفته) أي صفة العرض وذكر في النهر ان قوله يعرض ظاهر في وجوبه كما في الفتح فقوله لم يبين صفته ممنوع نعم ظاهر المذهب انه مندوب فقط (قوله قال في فتح القدير كل من أبغض رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الخ) قال تلميذ المؤلف في منح الغفار بعد نقله ذلك وجعله اياه متنا ما نصه وبمثله صرح الامام البزازي وبهذا جزم شيخنا في فوائده لكن سمعت من مولانا شيخ الاسلام أمين الدين ابن عبد العال مفتي الحنفية بالديار المصرية ان صاحب الفتح تبع البزازي في ذلك وان البزازي تبع صاحب الصارم المسلول فانه عزا في البزازية ما نقله من ذلك اليه ولم يعزه الى أحد من علماء الحنفية اهـ وقد نقل ابن أفلاطون زاده في كتابه المسمى بمعين الحكام انها ردة حيث قال معزيا الى شرح الطحاوي ما صورته من سب النبي عليه الصلاة والسلام أو بغضه كان ذلك منه ردة وحكمه حكم المرتدين اهـ وفي النتف من سب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فانه مرتد وحكمه حكم المرتد ويفعل به ما يفعل بالمرتد اهـ فقوله ويفعل به ما يفعل بالمرتد ظاهر في قبول توبته كما لا يخفى وممن نقل انها ردة عن أبي حنيفة القاضي عياض في كتابه المسمى بالشفاء ونص عبارته قال أبو بكر بن المنذري رحمه الله تعالى أجمع عوام أهل العلم على ان من سب النبي صلى الله تعالى عليه وسلم يقتل وممن قال ذلك مالك بن أنس والليث وأحمد واسحاق وهو مذهب الشافعي رحمه الله قال القاضي أبو الفضل وهو مقتضى قول أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ولا تقبل توبته عند هؤلاء وبمثله قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأهل الكوفة والاوزاعي في المسلم لكنهم قالوا هي ردة وروى مثله الوليد بن مسلم عن مالك رحمه الله وحكى الطبري مثله عن أبي حنيفة وأصحابه فيمن ينقصه صلى الله تعالى عليه وسلم أو برئ منه أو كذبه اهـ الى هنا كلام صاحب المنح لكن قال بعدما يأتي عن الجوهرة في ساب الشيخين أقول يقوى القول بعدم قبول توبة من سب صاحب الشرع الشريف صلى الله تعالى عليه وسلم وهو الذي ينبغي ان يعول عليه في الافتاء والقضاء رعاية لحضرة صاحب الرسالة المخصوص بكمال الفضل والبسالة اهـ وفيه كلام تعرفه وقد حررت المسئلة في تنقيح الحامدية فراجعها ثم جمعت في ذلك كتابا سميته تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الانام أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام وبينت فيه ان قول الشفاء لكنهم قالوا هي ردة الخ صريح في قبول توبته لانه استدراك على قوله قبله يقتل ولا تقبل توبته عند هؤلاء فعلم ان قوله وبمثله قال أبو حنيفة أي قال انه يقتل لكن قالوا انه ردة فحاصله انه يقتل ان لم يتب كما هو حكم الردة والا لم يكن للاستدراك المذكور فائدة وممن صرح بقبول توبته عندنا الامام السبكي في السيف المسلول وقال انه لم يجد للحنفية الا قبول التوبة

يعرض الاسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والاقتل

ومن تكلم بها اختيارا جاهلا بانها كفر ففيه اختلاف والذي تحرر أنه لا يفتى بتكفير مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أو كان في كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة فعلى هذا فأكثر ألفاظ التكفير المذكورة لا يفتى بالتكفير بها ولقد ألزمت نفسي أن لا أفتي بشيء منها وأما مسئلة تكفير أهل البدع المذكورة في الفتاوى فقد تركتها عمدا لان محلها أصول الدين وقد أوضحها المحقق في المسايرة (قوله يعرض الاسلام على المرتد) أي يعرضه الامام والقاضي وهو مروي عن عمر رضي الله عنه لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض شبهة لم يبين صفته وظاهر المذهب استحبابه فقط ولا يجب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة ولم يذكر تكرار العرض عليه وفي الخانية يعرض عليه الاسلام في كل يوم من أيام التأجيل (قوله وتكشف شبهته) بيان لفائدة العرض أي فان كان له شبهة أبداها كشفت عنه لانه عساه اعترضت له شبهة فتزاح عنه (قوله ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والاقتل) لانها مدة ضربت لابداء الاعذار وهو مروي عن عمر رضي الله عنه أطلقه فأفاد انه يمهل وان لم يطلبه وهو رواية وظاهر الرواية أنه لا يمهل بدون استمهال بل يقتل من ساعته كما في الجامع الصغير الا اذا كان الامام يرجو اسلامه كما في البدائع واذا استمهل فظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل كان على الامام أن يمهله وعن الامام الاستحباب مطلقا وأفاد باطلاقه انه يفعل به ذلك اذا ارتد ثانيا الا انه اذا تاب ضربه الامام وخلى سبيله وان ارتد ثالثا ثم تاب ضربه الامام ضربا وجيعا وحبسه حتى تظهر عليه التوبة ويرى أنه مسلم مخلص ثم خلى سبيله فان عاد فعل به هكذا كذا في التتارخانية وأفاد باطلاقه أنه لا فرق بين ردة وردة من أنه اذا أسلم ويستثنى منه مسائل الاولى الردة بسبه صلى الله عليه وسلم قال في فتح القدير كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا

تقبل توبته فى اسقاطه القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ولا فرق بين أن يجىء تائبا من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون قال الخطابى لا أعلم أحدا خالف فى وجوب قتله وأما مثله فى حقه تعالى فتقبل توبته فى اسقاط قتله اهـ وعلله البزازى بانه حق تعلق به حق العبد فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوق الآدميين وكحد القذف لا يزول بالتوبة وصرح بان سب واحد من الانبياء كذلك وقوله فى فتح القدير فى اسقاط القتل يفيد أن توبته مقبولة عند الله تعالى وهو مصرح به الثانية الردة بسب الشيخين أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وقد صرح فى الخلاصة والبزازية بان الرافضى اذا سب الشيخين وطعن فيهما كفر وان فضل عليا عليهما فمبتدع ولم يتكلما على عدم قبول توبته وفى الجوهرة من سب الشيخين أو طعن فيهما كفر ويجب قتله ثم ان رجع وتاب وجدد الاسلام هل تقبل توبته أم لا قال الصدر الشهيد لا تقبل توبته واسلامه ونقتله وبه أخذ الفقيه أبو الليث السمرقندى وأبو نصر الدبوسى وهو المختار للفتوى اهـ وحيث لا تقبل توبته علم أن سب الشيخين كسب النبى صلى الله عليه وسلم فلا يفيد الانكار مع البينة كما تقدم عن فتح القدير لانا نجعل انكار الردة توبة ان كانت مقبولة كما لا يخفى الثالثة لا تقبل توبة الزنديق فى ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين واما من يبطن الكفر والعياذ بالله تعالى ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب أن يكون حكمه فى عدم قبول توبته كالزنديق لان ذلك فى الزنديق لعدم الاطمئنان الى ما يظهر من التوبة اذا كان قد يخفى كفره الذى هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله فى الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه أو يسره الى من أمن اليه والحق ان الذى يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه ذلك فيجب أن يكون مبطنا كفره الذى هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره الى ان ظفرنا به وهو عربى والا لو فرضناه مظهر الذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم انه ينكر فى الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتقاد حرمته كذا فى فتح القدير وفى الخانية قالوا ان جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فاقر أنه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وان أخذ ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل اهـ وتفصيل حسن موافق لما بحثه فى فتح القدير هو الرابعة توبة الساحر جعله فى فتح القدير كالزنديق لا تقبل توبته وفى الخانية من كتاب الحظر والاباحة الساحر اذا تاب فهو على وجوه ان كان يعتقد نفسه خالقا لما يفعل فان تاب عن ذلك فقال خالق كل شئ هو الله تعالى وتبرأ عما كان يقول تقبل توبته ولا يقتل وان كان الساحر يستعمل السحر بالتجربة والامتحان ولا يعتقد لذلك أثرا لا يقتل لانه ليس بكافر وساحر يجحد السحر ولا يدرى كيف يفعل ولا يقر به قالوا لا يستتاب بل يقتل اذا ثبت انه يستعمل السحر وفى بعض المواضع ذكر ان الاستتابة أحوط وقال الفقيه أبو الليث اذا تاب الساحر قبل أن يؤخذ تقبل توبته ولا يقتل وان أخذ ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل وكذا الزنديق المعروف الداعى والفتوى على هذا القول اهـ وفى فتح القدير وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن قال لا يقبل فى القتل الا أربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع اهـ

وسبقه الى ذلك أيضا شيخ الاسلام ابن تيمية الحنبلى فى كتابه الصارم المسلول فصرح فيه فى عدة مواضع بقبول التوبة عند الحنفية وانه لا يقتل (قوله وفى الجوهرة من سب الشيخين الخ) قال فى النهر هذا لا وجود له فى أصل الجوهرة وانما وجد على هامش بعض النسخ فالحق بالاصل مع انه لا ارتباط له مع ما قبله

وهذا

وهــذا معنى قوله فيما نقلناه آنفا عنه ان الشــهادة لا تعمل مع الانــكار وليس المراد ان ردته لا تثبت بالشهادة مع الانــكار بل تثبت ويحكم بها حتى تبين زوجته منــه ويجب تجديد النــكاح وانمــا يمتنع القتل فقط للتو بة بالانــكار وقد رأيت من يغلط فى هذا المحل وقد ذكر المصنف للردة احكاما أربعة العرض والــكشف والحبس والقتل ان لم يسلم وقد بقى لها أحكام كثيرة منها حبط العمل عندنا بنفس الردة وعند الشافعى بشرط الموت عليها كذا فى البــدائع أى ابطال العبادات وفى الخلاصة من ارتد ثم أسلم وهو وقد حج مرة فعليه أن يحج ثانيا وليس عليــه اعادة الصلوات والزكوات والصيامات لان بالردة كأنه لم يزل كافرا فاذا أسلم وهو غنى فعليه الحج وليس عليه قضاء سائر العبادات اهـ وفى التتارخانية معزيا الى اليتيمة قيل له لو تاب أتعود حسنــاته قال هــذه المســئلة مختلفة فعنــد أبى على وأبى هاشم وأصحابنا انها تعود وعند أبى قاسم الــكعبى انها لا تعود ونحن نقول انه لا يعود ما بطل من ثوابه لــكنه تعود طاعاته المتقــدمة مؤثرة فى الثواب بعــد اهـ وفيها معزيا الى السراجيــة من ارتد ثم أسلم ثم ارتد ومات فانه يؤاخذ بعقوبة الــكفر الاول والثانى وهو قول الفقيه أبى الليث ومن العبادات التى بطلت بردته وقفه الذى وقفه حال اسلامه سواء كان على قربة ابتداء أو على ذريته ثم على المساكين لانه قربة ولا بقاء لها مع وجود الردة واذا عاد مسلما لا يعود وقفه الا بتجديد منه واذا مات أو قتل أو لحق كان الوقف ميراثا بين ورثته كما أوضحه الخصاف فى آخر أوقافه ومنها بقاء المعصية مع الردة ولذا قال فى الخانيــة اذا كان على المرتد قضاء صلوات أو صــيامات تركها فى الاســلام ثم أسلم قال شمس الائمة الحلوانى عليــه قضاء ما ترك فى الاسلام لان ترك الصلاة والصــيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة اهـ ومنها انه لا يجب عليــه شئ من العبادات عندنا لعدم خطاب الــكفار بالشرائع عندنا فلا يقضى ما فاته زمن ردته بعــد اسلامــه ومنها ما فى الخانية مسلم أصاب مالا أو شيأ يجب به القصاص أو حد قــذف ثم ارتد وأصاب ذلك وهو مرتد فى دار الاسلام ثم لحق بدار الحرب وحارب المسلمين زمانا ثم جاء

(قوله لــكنه تعود طاعته المتقدمة مؤثرة فى الثواب بعد) أى بعد توبته ولعــل المراد بعودها مؤثرة فى الثواب انه سبحانه يثيبه عليها ثوابا جــديدا غــير الثواب الذى حبط أو ان المراد بالثواب عــدم مطالبته باعادتها وان بطلت بالردة فان الاعتــداد بها وعدم مطالبته باعادتها فضل من الله تعالى تأمل ثم رأيت فى شرح المقاصــد للسعد التفتازانى فى بحث التو بة ثم اختلفت المعتزلة فى انه اذا سقط استحقاق العقاب للمعصــية بالتو بة هل يعود استحقاق ثواب الطاعة الذى أبطلته تلك المعصية فقال أبو على وأبو هاشم لا لان الطاعــة تنعدم فى الحال وانمــا يبقى استحقاق الثواب وقــد سقط والساقط لا يعود وقال الــكعبى نعم لان الــكبيرة لا تزيل الطاعة وانما تمنع حكمها وهو المدح والتعظيم فلا تزيل ثمرتها فاذا صارت بالتو بة كأن لم تــكن ظهرت ثمرة الطاعة كنور الشمس اذا زال الغيم وقال بعضهم وهو اختيار المتأخرين لا يعود ثواب السابق لــكن تعود طاعته السالفــة مؤثرة فى استحقاق ثمراته وهو المدح والثواب فى المستقبل بمنزلة شجرة احترقت بالنار أغصانها وثمارها ثم انطفأت النــار فانه تعود أصل الشجرة وعروقها الى خضرتها وثمرتها اهـ وهذا يفيد ما قلنا ويفيد ان الخلاف بين الــكعبى وغيره على عكس ما ذكره المؤلف وان الخــلاف المذكور عنــد المعتزلة فى بطلان ثواب الطاعة بالمعاصى الكبائر لانها عنــدهم تخرج صاحبها من الايمان بمنزلة الردة لــكن لا تدخله فى الــكفر نعم اذا مات مصرا عليها كان مخلدا فى النار كالــكفار (قوله ومنها بقاء المعصــية مع الردة) قال القهستانى المعصية بالردة لا ترتفــع كما فى قاضيخان وغيره وعن أبى حنيفة لو وجب عليه صوم شــهرين متتابعين ثم

﴿١٨ — بحر خامس﴾

ارتد ثم تاب سقط عنه القضاء كما فى التتمة وذكر التمرتاشى انه يسقط عند العامة ما وقع حال الردة وقبلها من المعاصى ولا يسقط عند كثير من المحققين اهـ وتمــامه فيه وأقول الذى يظهر لى ويتعين المصير اليه ان ما وقع من المعاصى قبل الردة لا يسقط بالردة أصلا وانمــا يسقط بعد اسلامه كما يسقط ما وقع منه حال الردة لان الاسلام يجب ما قبله كما فى الحديث ووجهه انه باسلامه وتوبته عمــا كان عليه يصــير تائبا عمــا صــدر منه قبل الاسلام المذكور فقد ظهر بهذا ان المرتد فى حال ردته تحبط طاعاته وهل تعود على الخلاف وانه فى حال ردته لا تسقط معاصيه اذ لا وجه لسقوطها بل قد ازداد فوقها أعظم الآثام وانمــا تسقط معاصيه الماضــية باسلامه أولا وفيه الخلاف المذكور وبناء على ان نفس الاسلام يكون توبة من المعاصى أيضا أولا والذى يظهر من حديث الاسلام يجب ما قبله ما ذهب اليه العامة من سقوط المعاصى أى بالاسلام لا بالردة كما علمت تحقيقه والله أعلم ثم لا يخفى ان هذا كله فى غير الذى يطالب بادائه بعد الاسلام كحقوق العباد وقضاء ما تركه من صلاة وصيام

مسلما فهو مأخوذ بجميع ذلك ولو أصاب ذلك بعد ما لحق بدار الحرب مرتدا وأسلم فذلك كله موضوع عنه لانه أصابه وهو حربي في دار الحرب والحربي لا يؤاخذ بعد الاسلام بما كان أصابه حال كونه محاربا وما أصاب المسلم من حدود الله تعالى كالزنا والسرقة وقطع الطريق ثم ارتد وأصاب ذلك بعد الردة ثم لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فكل ذلك يكون موضوعا عنه الا انه يضمن المال في السرقة واذا أصاب دما في الطريق كان عليه القصاص لان ما كان من حقوق العباد كان المرتد مأخوذا بذلك وما أصاب في قطع الطريق من القتل خطأ ففيه الدية على عاقلته ان أصابه قبل الردة وفي ماله ان أصابه بعد الردة وان وجب على المسلم حد الشرب من الخمر أو المسكر ثم ارتد ثم أسلم قبل اللحوق بدار الحرب فانه لا يؤاخذ بذلك لان الكفر يمنع وجوب هذا الحد ابتداء حتى لا يجب على الذمي والمستأمن فاذا اعترض الكفر بعد الوجوب يمنع البقاء وان أصاب ذلك والمرتد محبوس في يد الامام فانه لا يؤاخذ بحد الخمر والسكر وهو مؤاخذ بما سوى ذلك من حدود الله تعالى ويتمكن الامام من اقامة هذا الحد اذا كان في يده فان لم يكن في يده حين أصاب ذلك ثم أسلم قبل اللحوق بدار الحرب فذلك موضوع عنه أيضا اهـ وسيأتي حكم تصرفاته واملاكه وجناياته وأولاده في الكتاب وأشار بقوله والا قتل الى انه لا يجوز استرقاقه وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام أو السيف وفي الخانية لا يترك على ردته باعطاء الجزية ولا بامان موقت ولا بامان مؤبد ولا يجوز استرقاقه بعد اللحاق مرتدا اذا أخذه المسلمون أسيرا ويجوز استرقاق المرتدة بعد اللحاق اهـ ومن أحكامه انه لا عاقلة له لانها للمعونة وهو لا يعاون كذا في البدائع وقدمنا في باب نكاح الكافر وقوع الفرقة بردة أحد الزوجين وفي المحرمات انه لا ينكح ولا ينكح وسيأتي انه لا يرث من أحد لانعدام الملة والولاية فقد ظهر ان الردة أفحش من الكفر الاصلي في الدنيا والآخرة وأطلق في القتل فشمل الحر والعبد فولاية قتل العبد المرتد للامام لا للمولى لاطلاق النصوص وفي الولوالجية اذا باع عبده المرتد أو أمته المرتدة جاز والردة عيب لانه مملوك له فيجوز بيعه وفي حق العبد يوجب استحقاق القتل عليه فيكون عيبا وردة الامة تفوت على المشتري منفعة الوطء فيكون عيبا أيضا اهـ وفي شرح المجمع معزيا الى الحقائق ولا تجالس ولا تواكل ولا تباع اهـ ويشترط في جواز قتل المرتد ان لا يكون اسلامه بطريق التبعية ولذا قال في البدائع صبي أبواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعا لابويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه اقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه اذ هي اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل ولكنه في الاولى يحبس لانه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ تبعا والحكم في اكسابه كالحكم في اكساب المرتد لانه مرتد حكما اهـ وان لا يكون في اسلامه شبهة لان السكران لو أسلم صح اسلامه فان رجع مرتدا لا يقتل كالصبي العاقل اذا ارتد كذا في التتارخانية (قوله واسلامه ان يتبرأ عن الاديان كلها أو عما انتقل اليه) أي اسلام المرتد بذلك ومراده ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام وتركه لظهوره ولم يذكر الشهادتين وصرح في العناية بأن التبرأ بعد الاتيان بالشهادتين وفي شرح الطحاوي سئل أبو يوسف كيف يسلم فقال ان يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ من الذي انتحله وقال لم أدخل في هذا الدين قط وأنا بريء منه وقوله قط لم يدمنه معنى أبدا الان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل كذا في فتح القدير والاقرار بالبعث والنشور مستحب وقوله عما انتحله أي ادعاه لنفسه كاليهود والنصارى كذا في الظهيرية وأفاد باشتراطه

واسلامه أن يتبرأ عن الاديان سوى الاسلام أو عما انتقل اليه

التمرتاشي انه لو أتى بالشهادتين على وجه العادة لم ينفعه ما لم يرجع عما قال اذ لا يرتفع بهما كفره كذا في البزازية وجامع الفصولين وقيد باسلام المرتد لان في اسلام غيره من الكفار تفصيلا فان كان الكافر جاحدا للبارى سبحانه وتعالى كعبدة الاوثان أو مقرا بالبارى مشركا غيره معه كالثنوية فانه يكون مسلما باحدى الشهادتين وكذا اذا قال أنا على دين الاسلام أو على الحنيفية وان كان موحدا جاحدا للرسالة فلا يصير مسلما بكلمة التوحيد حتى يقول محمد رسول الله وفي مجموع النوازل قال مجوسي صلى الله على محمد لا يكون مسلما ولو قال أسلمت فهو اسلام وفي الروضة لو قال الكافر آمنت بما آمن به الرسل صار مسلما وفي مجموع النوازل اذا قال الكافر الله واحد يصير مسلما ولو قال لمسلم دينك حق لا يصير مسلما وقيل يصير مسلما الا اذا قال حق ولكن لا أومن به ولو قال برئت من اليهودية ولم يقل دخلت في دين الاسلام لا يكون مسلما وفي التجريد لو قال اليهودي أو النصراني لا اله الا الله وتبرأ من النصرانية فليس باسلام ولو قال مع ذلك ودخلت في دين الاسلام أو دين محمد صلى الله عليه وسلم كان مسلما الكل من الخلاصة وفي المحيط من يقر من اليهود والنصارى برسالة محمد صلى الله عليه وسلم ولكنهم يزعمون انه رسول الى العرب لا الى بني اسرائيل كما في بلاد العراق فانه لا يكون مسلما باقراره أن محمدا رسول الله حتى يتبرأ من دينه ذلك أو يقر بانه دخل في دين الاسلام اه‍ ثم اعلم أن الاسلام يكون بالفعل أيضا كالصلاة بجماعة أو الاقرار بها أو الاذان في بعض المساجد أو الحج وشهود المناسك لا الصلاة وحده ومجرد الاحرام (قوله وكره قتله قبله) أي قبل عرض الاسلام لان اسلامه مرجو قال في الهداية ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب اه‍ يعني فهي كراهة تنزيه وهو مبني على القول باستحباب العرض وأما من قال بوجوبه فهي كراهة تحريم كما في فتح القدير أطلقه فشمل قتل الامام وغيره لكن ان قتله غيره أو قطع عضوا منه بغير اذن الامام أدبه الامام كما في شرح الطحاوي (قوله ولم يضمن قاتله لان الكفر مبيح للقتل) وكل جناية على المرتد فهي هدر (قوله ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت كالمرتدة الاصلية أطلقها فشمل الحرة والامة ويستثنى منه المرتدة بالسحر لما في المحيط والساحرة تقتل اذا كانت تعتقد انها هي الخالقة لذلك لتصير مرتدة وان كانت المرتدة لا تقتل لما جاء في الاثر من ان عمر رضي الله عنه كتب الى عماله ان اقتلوا الساحر والساحرة وذكر في المنتقى ان الساحرة لا تقتل ولكنها تحبس وتضرب كالمرتدة والاول أصح لان ضرر كفرها وهو سحرها يتعدى الى الحي المعصوم بفوات حياته فتقتل كالرجل اه‍ وفي التتارخانية الخنثى المشكل اذا ارتد لم يقتل ويحبس ويجبر على الاسلام اه‍ ولم يذكر المصنف حكم قاتلها قال في فتح القدير ولو قتلها قاتل لا شئ عليه حرة كانت أو أمة ذكره في المبسوط اه‍ وفي التتارخانية معزيا الى العتابية وفي الامة يضمن لمولاها اه‍ وفي الولوالجية وان قتلها قاتل لم يضمن شيأ لان قيمة الدم بالاسلام وقد زال ويؤدب على ذلك لارتكابه ما لا يحل اه‍ وظاهر كلامه انه لا فرق بين الحرة والامة في عدم الضمان فانه قال أولا ومن قتل حرة مرتدة لم يضمن ثم قال وكذا الامة وأطلق في حبسها فشمل الامة لكن الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ويتولى هو جبرها جمعا بين حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه

وكره قتله قبله ولم يضمن قاتله ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم

(قوله لان في اسلام غيره من الكفار تفصيلا) قد ذكر المؤلف أقسام الكفار وما يصير به الكافر مسلما من قول أو فعل في أول كتاب الجهاد (قوله كالثنوية) هم المجوس القائلون بالهين النور المسمى يزدان وشأنه خلق الخير والظلمة المسماة اهرمن وشأنها خلق الشر كذا قاله بعض الفضلاء وعليه فالظاهر ان في عبارة المؤلف قلبا فان المجوسي جاحد للبارى تعالى بخلاف الوثني فان عبدة الاوثان هم المشركون (قوله فصارت كالمرتدة الاصلية) كذا في النسخ ولعله كالكافرة تأمل

لا منافاة بخلاف العبد المرتد لانه لا فائدة فى دفعه اليه لانه يقتل ويستثنى من خدمتها لها أو وطؤها فقد صرح الاسبيجابى بانه لا يطؤها وقدمنا عن الولوالجى ما يفيده وأفاد بقوله تحبس أنها لا تسترق فى دار الاسلام وقدمنا فيه رواية فى باب نكاح الكافر مع بقية أحكام ردتها فارجع اليه ولم يذكر المصنف أنها تضرب لانه لم يذكر فى الجامع الكبير ولا فى ظاهر الرواية وقد نقل الشارحون فى باب نكاح الكافر انها اذا ارتدت تضرب خمسة وسبعين وهو اختيار لقول أبى يوسف فى نهاية التعزير وهو المأخوذ به فى كل تعزير بالضرب كما فى الحاوى القدسى وذكر فى فتح القدير هنا ويروى عن أبى حنيفة انها تضرب فى كل يوم وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب فى كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا أقتل معنى لان موالاة الضرب تفضى اليه اه وأطلق فى حبسها فشمل ما اذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت واسترقت فانها تجبر على الاسلام بالضرب والحبس ولا تقتل كما صرح به فى البدائع ولا يكون استرقاقها مسقطا عنها الجبر على الاسلام كما لو ارتدت الامة ابتداء فانها تجبر على الاسلام وشمل ما اذا كانت صغيرة عاقلة لما فى المحيط من باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول ما يجب جزاء على الردة يجوز أن تؤاخذ الصغيرة به ألا ترى انها تحبس على الردة كما تحبس الكبيرة والحبس جزاء الردة اه (قوله ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا وان أسلم عاده ملكه) قالوا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا يقتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا فى أمره فان أسلم جعل العارض كان لم يكن فى حق هذا الحكم فصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر أمره وعمل السبب عمله وزال ملكه ثم اختلف الشيخان فى حكم تبرعاته فقال أبو يوسف من جميع المال كتصرف من وجب عليه القصاص وقال محمد هو بمنزلة المريض فتكون من الثلث لكونه على شرف التلف وفى البدائع لا خلاف انه اذا أسلم أن أمواله باقية على حكم ملكه وانه اذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب انها تزول عن ملكه وانما الخلاف فى زوالها بهذه الاشياء الثلاثة مقصورا على الحال وهو قولهما أو مستندا الى وقت وجود الردة وهو قوله وثمرته تظهر فى تصرفاته فعندهما نافذة قبل الاسلام وعنده موقوفة لوقوف املاكه اه قيد بالملك لانه لا توقف فى احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله كذا فى العناية وذكر فى الخانية اذا استأجر المسلم دارا أو عقارا أو منقولا ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تبطل اجارته كانه مات وكذا اذا استأجر ثم ارتد ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم ارتد ولحق بدار الحرب أو لم يلحق بطلت وصيته وكذا لو أوصى الى رجل وجعله قيما فى ماله ثم ارتد ولحق بدار الحرب أو لم يلحق بطل ايصاؤه وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله فى قولهم وان عاد الينا مسلما هل يعود وكيلا ذكر فى الوكالة انه لا يعود وذكر فى السير أنه يعود ولو ارتد الوكيل ولحق وقضى به ثم عاد مسلما قال أبو يوسف لا يعود وكيلا وقال محمد يعود اه والحاصل أنه لا توقف فى ابطال عباداته وبينونة امرأته واجارته واستئجاره ووصيته وايصائه وتوكيله ووكالته وقدمنا أن من عباداته التى بطلت بردته وقفه وأنه لا يعود باسلامه وقيد بالمرتد لان المرتدة لا يزول ملكها عن مالها بلا خلاف فيجوز تصرفاتها فى مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم تكن ردتها سببا لزوال

ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فان أسلم عاد ملكه

يملكها كذا في البدائع وينبغي أن يلحق بها المرتد اذا لم يقتل وهو من كان في اسلامه شبهة كما قدمناه بجامع عدم القتل ولم أره صريحا وفي الزيادات المرتدة اذا تصرفت ان كان تصرفا ينفذ من المسلم ينفذ منها وان كان تصرفا لا ينفذ من المسلم لكن يصح ممن هو على ملة انتحلت اليها كاليهود والنصارى نفذ تصرفاتها عندهما وعنده اختلف المشايخ قال بعضهم يصح وقال بعضهم لا يصح منها الا ما يصح من المسلم كذا في التتارخانية وثمرته في بيعها الخمر والخنزير وأفاد بقوله ملك المرتد عن ماله ان الكلام في الحر فلا يزول ما ملكه المكاتب من اليد بردته ولذا قال في الخانية وتصرفات المكاتب في ردته نافذة في قولهم اهـ (قوله وان مات أو قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته) بيان لميراث المرتد بعد موته حقيقة وحاصله ان ما كان كسباله زمن اسلامه فهو ميراث لورثته المسلمين اتفاقا ولا يكون فيأ عندنا خلافا للائمة الثلاثة لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر وهو مال حربي لا أمان له فكان فيأ ولنا ان ملكه بعد الردة باق فينتقل بموته الى ورثته مستندا الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب للموت فيكون توريث المسلم من المسلم والاستناد لازم له على قول الائمة الثلاثة أيضا لان أخذ المسلمين له اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريثا الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام فساوت قرابته المسلمين في ذلك فترجحت قرابته بجهة القرابة وتمامه في فتح القدير واستدل في البدائع بان عليا رضي الله عنه لما قتل المستورد العجلي بالردة قسم ماله بين ورثته المسلمين وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير انكار فكان اجماعا وأشار بقوله وارثه الى ان المعتبر وجود الوارث عند الموت أو القتل أو الحكم باللحاق وهو رواية محمد عن الامام وهو الاصح كما في النهاية وفتح القدير لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وذكر في الهداية فيه ثلاث روايات وحاصله كما في النهاية ان على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا وقت الردة ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية أبي يوسف يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الاول اهـ فعلى الاصح لو كان من بحيث يرثه كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت أو يلحق أو أسلم ورثه كذا في فتح القدير وكذا الولد له ولد من علوق حادث بعد الردة اذا كان مسلما تبعا لامه بان علق من أمة مسلمة له وفي الخانية مسلم ارتد أبوه فمات الابن وله معتق ثم مات الاب وله معتق مسلم فان ميراث الاب لمعتقه لا لمعتق ابنه لان الابن انما يرث من أبيه المرتد عند موت المرتد فاذا مات الابن قبل موت الاب لم يرثه الابن اهـ وهو مفرع على غير رواية أبي يوسف اما عليها فالمال لمعتق الابن كما لا يخفى وأطلق الوارث فشمل المرأة فترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة كذا في الهداية والتحقيق ان يقال انه بالردة كانه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض موته ثم يموت قتلا أو حتف انفه أو بلحاقه فيثبت حكم

وان مات أو قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته

(قوله والا كان توريثا الكافر من المسلم) كذا رأيته في الفتح والعبارة مقلوبة تامل (قوله فساوت قرابته المسلمين في ذلك) كذا في النسخ والظاهر انه سقط قبل هذا كلام وعبارة فتح القدير ومحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام أو نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة (قوله عند الموت أو القتل أو الحكم بلحاقه) سيأتي قبيل قول المتن وتوقف مبايعته الخ ان اعتبار كونه وارثا عند الحكم باللحاق قول أبي يوسف وان محمدا اعتبر وقت اللحاق تامل وفي شرح السير الكبير في ظاهر الرواية يعتبر من كان وارثا له يوم لحاقه ثم قال وفي رواية أخرى عن أبي حنيفة يعتبر من كان وارثا له يوم قضاء القاضي بلحاقه والاصح ما ذكر في ظاهر الرواية (قوله بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض) قال في الفتح ألا ترى ان الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في انه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع (قوله الوصف الاول) وهو كونه وارثا وقت الردة وقوله الوصف الثاني

الفرار كذا في فتح القدير ثم اعلم ان اشتراط قيام العدة لارثها انما هو على غير رواية أبي يوسف اما عليها فترثه وان كانت منقضية العدة لكونها وارثة وقت الردة وهو مروي أيضا ثم اعلم ان اشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير أجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا بالاشهر لم تنتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا أيضا لا ترث المنقضية عدتها كذا في فتح القدير وينبغي ان يكون مفرعا أيضا على غير رواية أبي يوسف اما عليها فلا فرق بين المدخولة وغيرها وقيد الوارث بالاسلام لان الكافر لا يرث المرتد وفي البدائع ولو ارتد الزوجان معا ثم جاءت بولد ثم قتل الاب على ردته فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الردة يرثه لانه علم ان العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا من وقت الردة لم يرثه لانه يحتمل انه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له أم ولد مسلمة ورثه مع ورثته المسلمين وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لان الام مسلمة فكان الولد على حكم الاسلام تبعا لامه فيرث أباه اه

وأما ما كان كسباله زمن ردته ففيه اختلاف فقالا هو كالاول ميراث لان ملكه باق بعد الردة فينتقل بموته الى ورثته مستندا الى ما قبيل ردته وقال الامام انه فيء يوضع في بيت مال المسلمين كاللقطة لانه انما يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرط استناد التوريث وجوده قبلها وحاصله انه لا ملك له فيما اكتسبه زمن ردته حيث مات أو قتل وما ليس بمملوك له لا يورث عنه وهما لما قالا بان املاكه لا تزول بردته قالا بان كسبه زمنها مملوك له فيورث عنه فالخلاف هنا مبني على الخلاف السابق في زوال املاكه بالردة وفي القاموس الفيء ما كان شمسا فينسخه الظل والغنيمة والخراج والقطعة من الطير والرجوع اه فله خمسة معان لغة واما اصطلاحا فما يوضع في بيت مال المسلمين وأما حكم ديونه فأفاد ان ديون اسلامه تقضي من كسب اسلامه وان دين ردته يقضي من كسب ردته وحاصله ان على قولهما تقضي ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما وأما على قول الامام ففيه روايتان ففي رواية أبي يوسف عنه انه في كسب الردة الا ان لا يفي به فيقضي الباقي من كسب الاسلام وفي رواية الحسن عنه انه في كسب الاسلام الا ان لا يفي به فيقضي الباقي من كسب الردة وهو الصحيح لان دين الانسان يقضي من ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضي من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فاما كسب الردة فمال جماعة المسلمين فلا يقضي منه الدين الا ضرورة فاذا لم يف به كسب الاسلام تحققت الضرورة فيقضي الباقي منه كذا في البدائع وهكذا صحح الولوالجي فقد علمت ان ما في المتن ليس على قول من الاقوال الثلاثة وانما ذكره في البدائع قولا للحسن وزفر فقال وقال الحسن دين الاسلام في كسب الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر اه والحق انها رواية زفر عن الامام أيضا كما في النهاية وقوله في الهداية انها رواية عن أبي حنيفة أي رواية زفر عنه لكنها ضعيفة كما علمت وظاهر الولوالجية انه لو لم يكن له الا أحد النوعين يقضي الدينان منه اتفاقا وسنوضحه من بعد ان شاء الله تعالى وقدمنا ان الكلام انما هو في الحر وان المكاتب خارج عن هذه الاحكام فلذا قال في الجوهرة ان ما اكتسبه المكاتب في حال ردته لا يكون فيئا وانما يكون لمولاه لتعلق حقه به وسنوضحه من بعد ان شاء الله تعالى وقيد بالمرتد لان المرتدة كسباها لورثتها

وهو كونه وارثا عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وقوله فعلى الاصح وهي رواية عن محمد

لانه لاجراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند أبي حنيفة ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد والحاصل ان زوجة المرتد ترث منه مطلقا وزوج المرتدة لا يرثها الا اذا ارتدت مريضة والكسب بفتح الكاف وكسرها الجمع كسبة جمعه كذا في القاموس وقدقدمنا حكم المرتدة في النكاح والعدة في باب نكاح الكافر (قوله وان حكم بلحاقه عتق مدبروه وأم ولده وحل دينه) لانه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلابد من القضاء وهو باتفاق الامام وصاحبيه كما في الجوهرة واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به من عتق المدبر وأم الولد وسقوط الاجل كما في الموت الحقيقي والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا من عتق مدبريها وحلول دين عليها ولم يذكر قسمة ماله بين ورثته لظهوره ولما سنشير اليه عند قوله فما وجده في يد وارثه ولم يذكر حكم مكاتبه وحكمه كما في البدائع انه يؤدي الى الورثة فيعتق واذا عتق فولاؤه للمرتد لانه المعتق اه وفي المجتبى بعلامة جس ظ القضاء باللحاق ليس بشرط وانما يشترط قضاؤه بشيء من أحكام الموتى وعامتهم على انه يشترط القضاء باللحاق سابقا على قضائه بهذه الاحكام واليه أشار محمد في كثير من المواضع اه وفي فتح القدير واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة اه وظاهرهما ان القضاء باللحاق قصدا صحيح وينبغي ان لا يصح الا في ضمن دعوى حق للعبد وقد قالوا ان يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل كما في جامع الفصولين والبزازية واللحاق موت حكما فينبغي ان لا يدخل تحت القضاء قصدا فينبغي انه لو حكم بعتق مدبره لثبوت لحاقه مرتدا ببينة عادلة فانه صحيح ولا يشترط له تقدم الحكم بلحاقه ولم أر الى الآن من أوضح هذا المحل وقوله عتق مدبروه معناه من ثلث ماله وانما لم يصرح به لما تقدم في باب التدبير وقوله في الجوهرة بعد عتق المدبر وأم الولد يعني من الثلث تسامح لان أم الولد تعتق من جميع المال كما علم في بابها ثم اختلف الشيخان في الوقت الذي يعتبر فيه كونه وارثا له فقال أبو يوسف يقضي به لمن كان وارثا وقت القضاء بلحاقه لانه حينئذ يصير موتا وقال محمد يعتبر وقت لحاقه لانه السبب كذا في المجتبى وفي التتارخانية واذا ارتد الاب مع بعض أولاده ولحقوا بدار الحرب فرفع ميراث المرتد الى الامام فانه يقسم ميراثه بين ورثته المسلمين ولا شيء من ميراثه للذي ارتد من أولاده هذا في كسب الاسلام وأما كسب الردة ففي عند الامام وأما ما اكتسبه في دار الحرب فهو للابن الذي ارتد ولحق معه اذا مات مرتدا فان لحق أحد من أولاده مسلما معه فانه يرث كسب اسلامه فقط اه (قوله وتوقف مبايعته وعتقه وهبته فان آمن نفذ وان هلك بطل) بيان لتصرفه حال ردته بعد بيان حكم املاكه قبل ردته وهذا عند الامام وقالا هو جائز مطلقا لان الصحة تعتمد الاهلية وهي موجودة لكونه مخاطبا والنفاذ يعتمد الملك وهو موجود لقيامه قبل موته الا ان عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام وعند محمد كما تصح من المريض لانه يفضي الى القتل ظاهرا وله انه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك

وان حكم بلحاقه عتق مدبروه وأم ولده وحل دينه وتوقف مبايعته وعتقه وهبته فان آمن نفذ وان هلك بطل

(قوله وظاهرهما ان القضاء باللحاق قصدا صحيح) قال في النهر ليس معنى الحكم بلحاقه سابقا على هذه الامور أن يقول ابتداء حكمت بلحاقه بل اذا ادعى مدبر مثلا على وارثه انه لحق بدار الحرب مرتدا وانه عتق بسببه وثبت ذلك عند القاضي حكم أولا بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم تدبر اه قال أبو السعود ومقتضى قوله حكم أولا بلحاقه الخ ان الحكم بعتق المدبر لا يكفي عن الحكم باللحاق بل لا بد من الحكم باللحاق قبل الحكم بعتق المدبر وهو خلاف ما في البحر اه ثم رأيت في شرح المقدسي ما يؤيد ما في النهر حيث قال ما قاله المحقق في فتح القدير في غاية التحرير وفيه رد على ما في المجتبى فالمراد انه لا بد من وجود القضاء باللحاق لانه شرط لتلك الاحكام والشرط لا بد من تحققه ليتحقق المشروط فاذا أراد القاضي الحكم بشيء من هذه الاحكام بدعوى ممن يتعلق به الحكم كالمدبر مثلا فيقضي أولا باللحاق ثم بالحكم المدعى لوجود تقدم الشرط على المشروط وليس معناه ما يتوهم ظاهرا انه يقضي أولا باللحاق مستقلا بلا دعوى حكم من أحكامه وله نظير مذكور في محله اه (قوله وقال محمد يعتبر وقت لحاقه) قدمنا عن شرح

وتوقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل أو أسر لم تنفذ منه هبته أو أسلم لم يؤخذ له مال فكذا هذا وفي الاهلية خلل لاستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة بخلاف الزاني وقاتل العمد لان استحقاق القتل جزاء على الجناية قال أبو اليسر ما قالاه أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة بل نقول انما أوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق الاولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد كذا في فتح القدير أطلق المبايعة فشملت البيع والشراء والاجارة لانها بيع المنافع وأشار بالعتق الى ما هو من حقوقه كالتدبير والكتابة فهما موقوفان أيضا لكن لا يدخل الاستيلاد لانه منه نافذ اتفاقا لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح في جارية الابن وأشار بالهبة الى كل تمليك هو تبرع فدخلت الوصية فانها موقوفة أيضا ولما كان الرهن من المعاوضات في المال كالبيع كان داخلا فيتوقف رهنه أيضا ولما كان قبض الدين مبادلة حكما دخل تحت المبايعة فيتوقف قبضه الدين أيضا والحاصل ان ما يعتمد الملة لا يصح منه اتفاقا وهي خمسة النكاح والذبيحة والصيد بالكلب والبازي والرمي والارث والشهادة وما لا يعتمد الملة ولاية ولا حقيقة ملك فانه صحيح منه اتفاقا وهي خمس أيضا الاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون وصورة الاستيلاد ما في الخانية اذا جاءت جاريته بولد فادعى الولد يثبت نسبه منه ويرث ذلك الولد مع ورثته وتصير الجارية أم ولد له اه وأورد كيف يقع طلاقه وقد بانت بردته وأجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق وقد سلف ان المبانة يلحقها الصريح في العدة وأورد طلب الفرق بين طلاقه وعتقه والفرق ان الطلاق لا يعتمد كمال الولاية بخلاف العتق بدليل وقوع طلاق العبد دون عتقه وفي الخانية واذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه المسلم وليس له وارث سواه لا يجوز عتق واحد منهما لان الابن انما يرث بعد الموت لا قبله واعتاقه سابق على ملكه فلا يعتق وهو بخلاف ما اذا مات الرجل وترك عبدا وتركته مستغرقة بالدين فاعتقه الوارث ثم سقط دين الغرماء فانه ينفذ اعتاق الوارث لان ثمة سبب الملك للوارث تام وانما توقف الملك لحق الغرماء واذا سقط حق الغرماء فان اعتاق الوارث ينفذ واما في المرتد سبب الملك للوارث انما يتم بعد موت المرتد اه ولا يمكن توقف التسليم لانها بطلت به مطلقا وأما الحجر فيصح بحق الملك فبحقيقة الملك الموقوف أولى وفي المحيط في مسئلة عتقه واعتاق ابنه انه على الرواية التي عند أبي حنيفة يعتبر كونه وارثا وقت الردة فيجب أن ينفذ عتقه لانه يملكه من وقت الردة اه وقد يقال انه انما يملكه من وقت الردة على تلك الرواية اذا مات أو قتل والكلام هنا قبله وأما ما يعتبر المساواة من التصرف أو ولاية متعدية فانه لا ينفذ منه اتفاقا فالاول المفاوضة فاذا فاوض مسلما توقفت اتفاقا ان أسلم نفذت وان هلك بطلت وتصير عنانا من الاصل عندهما وتبطل عنده كذا في الخانية والثاني التصرف على ولده الصغير وفي مال ولده

السير الكبير ان هذا ظاهر الرواية وانه الاصح (قوله فدخلت الوصية في حال ردته) قال في الفتح واما ما أوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من ٤٤١ المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما يصح وعنده يتوقف فكذا هنا قيل أراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة والمغنية وقال الطحاوي لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير (قوله وتسليم الشفعة) مفهومه انه يثبت له طلب الشفعة وفي شرح السير الكبير ولو بيع دار بجنب دار المرتد قبل لحوقه بدار الحرب وطلب أخذها بالشفعة فله ذلك في قول محمد وفي قول أبي حنيفة لا شفعة له حتى يسلم بخلاف المرتدة ولو علم بالبيع في حال ردته فلم يسلم ولم يطلب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد التمكن بان يسلم اه (قوله يلحقها الصريح في العدة) أي ولو كان بائنا معنى كالطلاق الثلاث أو على مال (قوله ولا يمكن توقف التسليم)

موقوف

موقوف اتفاقا فقد ظهر ان تصرفاته على أربعة أقسام ولم أر حكم التقاطه لقيطا أو لقطة وفي غاية البيان من باب الاستيلاد الجد اذا وطئ جارية ابن ابنه والاب مرتد فادعاه الجد بعد الولادة لم تصح دعوى الجد عندهما وعند أبي حنيفة موقوفة فان أسلم الاب لم تصح دعوى الجد وان مات على الردة أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه تصح اه وهذه لا ترد على ما في الكتاب لانها تصرف المسلم وهو الجد لا تصرف المرتد وقيد بالمرتد لان تصرفات المرتدة نافذة عند الكل لانها لا تقتل وقد قدمناه مع بيان تصرفات المكاتب المرتد وأطلق الهلاك فشمل الحقيقي بالموت أو القتل والحكمي بالقضاء بلحاقه بدار الحرب كما في الخانية وعبر بالاعيان في قوله فان آمن وأراد الاسلام فانه المراد هنا كما عبر به في الهداية والخانية فانه الانقياد الظاهر الذي تبتني عليه الاحكام (قوله وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه والالا) أي وان لم يجده قائما في يده فليس له أخذ بدله منه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما يحتاج اليه فيقدم عليه وعلى هذا لو أحيا الله ميتا حقيقة وأعاده الى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته وأطلق في قوله والالا فشمل ما اذا كان هالكا أو أزاله الوارث عن ملكه وهو قائم سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وشمل ما لم يدخل في يد وارثه أصلا كمدبريه وأمهات أولاده المحكوم بعتقهم بسبب الحكم بلحاقه فانهم لا يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلما وكذلك مكاتبه اذا كان أدى المال الى الورثة لا سبيل عليه أيضا لانه عتق باداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ وما أدى الى الورثة ان كان قائما أخذه وان زال ملكهم عنه لا ضمان عليه كسائر أمواله وان كان لم يؤد بدل الكتابة يأخذها منه وان عجز عاد رقيقا له كذا في البدائع وفي الخانية اذا عاد مسلما بعد الحكم بحل ديونه وعتق مدبريه وأم ولده لا يملك أن يبطل شيأ الا شيآن الاول الميراث يبطله ويسترد ماله ان كان قائما والثاني اذا كاتب ورثته عبدا من ماله ثم رجع فان رجع بعدما أدى بدل الكتابة لا يملك ابطالها فان رجع قبل أن يؤدي جميع بدل الكتابة كان له أن يبطل الكتابة اه وظاهر الكتاب انه يأخذ ما في يد الوارث بغير قضاء ولا رضا والمنقول خلافه قال في التتارخانية وما كان قائما في يد الورثة انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا فانه ذكر في السير الكبير ان وارث المرتد اذا تصرف في المال الذي ورثه بعد ما عاد المرتد مسلما نفذ تصرفه اه وجزم به الزيلعي معللا بانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه اه وقد يقال طريقه عوده مسلما فان الحكم الشرعي الموجب للدخول الحكم بخلافته عنه بعد موته حكما وقد بطلت فبطل ما ابتنى عليه وقد قدمنا عن التتارخانية ان كسب ردته فيء بعد الحكم بلحاقه لكونه حقيقة لكن لم أر حكم ما اذا عاد مسلما ووجد كسب ردته قائما عند الامام فهل يسترده كما يسترد من وارثه كسب اسلامه الظاهر انه لا يسترده لان أخذه ليس بطريق الخلافة بل لكونه مال حربي كما قدمناه فصار لبيت المال فلا يسترده كما ان الحربي الحقيقي لا يسترد ماله بعد اسلامه وقيد بقوله بعد الحكم بلحاقه لانه لو عاد مسلما قبله فحكمه كما اذا لم يرتد فلا يعتق مدبره وأم ولده ولا

أي تسليم الشفعة وقوله لانها أي الشفعة بطلت به أي بالتسليم مطلقا أي ولو غير مرتد تأمل (قوله فقد ظهر ان تصرفاته على أربعة أقسام) نظمها العلامة المقدسي في شرحه فقال

وباتفاق صح دعوى ولده * كذا طلاقه وحجر عبده
وهكذا قبوله لهبته
وهكذا تسليمه لشفعته
وباطل بالاتفاق نكحه
وهكذا ميراثه وذبحه
وأوقفوا مفاوضات شركته
تصريفه لطفله وطفلته

انتهى ولعله سقط بيت اذ لم يستوف الباطل باقسامه الخمسة وقد غيرت بيته الثالث فقلت

وباطل نكاحه شهادته
وصيده وارثه ذبيحته

وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه والالا

(قوله ولم أر حكم التقاطه لقيطا) أو لقطة قال في النهر وبقي ايداعه واستيداعه وأمانه وعقله ولا شك في عدم صحة أمانه اذ أمان الذمي لا يصح فهذا أولى وكذا عقله لان التناصر لا يكون بالمرتد وأما التقاطه ولقطته وايداعه واستيداعه فلا ينبغي التردد في جوازها منه (قوله والثاني اذا كاتب الخ) سيأتي ما يخالفه كما ننبه عليه (قوله وقد يقال طريقه عوده مسلما) قال في النهر ممنوع اه (قوله فحكمه كما اذا لم يرتد) ليس على اطلاقه لانه لا ينفذ ما تصرف فيه في ماله بنفسه بعد لحاقه ففي شرح السير الكبير ولو لحق فلم يقض بلحاقه حتى أعتق عبده الذي في دار الاسلام أو باعه من مسلم كان معه في دار الحرب ثم رجع تائبا قبل القضاء بلحاقه فإله مردود

تحل دونه وله ابطال ما تصرف فيه الوارث لكونه فضوليا (قوله ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما قدمنا انه لا يفتقر الى حقيقة الملك وأما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث أحدا ولم يجعل مسلما تبعا للدار لانها عند عدم الابوين فقط أما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد أراد بالنصرانية الكتابية ولو يهودية والتقييد بالستة لنفي الاقل فانها اذا جاءت به لاقل منها فالولد يرث من أبيه المرتد للتيقن بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للأب بخلافه للستة لعدم التيقن كما في النهاية لا لنفي الاكثر ولذا عبر في الهداية بالاكثر زاد في فتح القدير ولو الى عشر سنين (قوله وان لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء) أي ماله غنيمة يوضع في بيت المال بالاجماع لا لورثته لسقوط عصمة ماله تبعا لعصمة نفسه وقيد بالمال لان المرتد بعد الظهور لا يسترق وانما يقتل ان لم يسلم ولا يشكل كون ماله فيأ دون نفسه لان مشركي العرب كذلك وفي المغرب ظهر عليه غلب وظهر على اللص غلبه ومن قولهم ظهر فلان السطح اذا علاه وحقيقته صار على ظهره اهـ فعلى هذا ظهر في كلام المصنف بالبناء للمفعول (قوله فان رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه) لانه انتقل اليهم بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما وحكمه انه ان وجده قبل القسمة أخذه بغير بدل وان وجده بعدها أخذه بقيمته ان شاء وان كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة كذا في فتح القدير والمثلي وارد على المصنف مع أن في عبارته ايهام أن يأخذه بغير شيء مطلقا ولم يقيد المصنف أن يكون رجوعه بعد الحكم بلحاقه تبعا للجامع الصغير فأفاد أنه لا فرق بين أن يكون بعده أو قبله أما اذا كان بعده فظاهر لتقرر الملك للوارث بالقضاء بلحاقه وأما قبله فلان عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته وما احتيج للقضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثا الا ليترجح عدم عوده فيتقرر اقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء وفي بعض روايات السير جعله فيأ لان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية كذا في فتح القدير تبعا لما في النهاية والعناية وهما تبعا لفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير من أن ظاهر الرواية الاطلاق وقيد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بان يكون الرجوع بعد القضاء أما قبله ففيء وحمل في غاية البيان اطلاق الكتاب على مذهب محمد وما في بعض روايات السير على مذهب أبي يوسف وبما قررناه سقط اشكال الزيلعي على النهاية لانه حيث كان ظاهر الرواية الاطلاق وكان له وجه ظاهر فلا محل للاشكال فلذا قال في الفتح والوجه ظاهر الرواية واعتمده المصنف في الكافي (قوله وان لحق وقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالمكاتبة والولاء لمورثه) وهو المرتد الذي عاد مسلما لانه لا وجه الى ابطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بلحاقه فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه وليس انتقال الكتابة الى المرتد الذي أسلم بسبب انتقال المكاتب من ملك الابن اليه وانما هو لسقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الاصل وأشار بفاء التعقيب في قوله فجاء مسلما الى أن مجيئه عقيب كتابته يعني من غير أداء بدل الكتابة الى الابن فلو أداها اليه ثم جاء مسلما

عليه كله وجميع ما صنع فيه باطل لانه باللحاق زال ملكه وانما توقف على القضاء دخوله في ملك ورثته فتصرفه بعد اللحاق صادف مالا غير مملوك له فلا ينفذ وان عاد الى ملكه بعد كالبائع بشرط خيار المشتري اذا تصرف في المبيع ثم عاد الى ملكه بفسخ المشتري لم ينفذ تصرفه ولو أقر بحرية عبده أو بانه لفلان جاز اذا عاد مسلما لانه ليس بانشاء التصرف بل هو اقرار والاقرار لازم في حق المقر وان لم يصادف ملكه كما لو أقر بعبد الغير ثم اشتراه اهـ ملخصا

ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب وان لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء فان رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه وان لحق وقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالمكاتبة والولاء لمورثه

فانه عتق على الابن حين أدى وكان الولاء له فلا ينتقل بعده الى أبيه كما لو اعتق الابن عبده ثم جاء مسلما والمكاتبة ببدل الكتابة وقيد بالكتابة لان الابن اذا دبره ثم جاء الاب مسلما فان الولاء لا يكون للاب كما في التتارخانية وأشار بكون البدل والولاء فقط للاب الى أنه لا يمكن فسخ الكتابة لصدورها من ولاية شرعية وقد صرح به الشارح وقدمنا عن الخانية أنه علل ابطال كتابة الوارث قبل أداء جميع البدل الا أن يقال ان مرادهم انه لا يمكن فسخها بمجرد مجيئه من غير ان يفسخها أما اذا فسخها انفسخت الا ان جعلهم الوارث كالوكيل من جهته يأباه وقدمنا حكم ما اذا كاتب ثم ارتد ثم لحق

(قوله فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق أو قتل فالدية في كسب الاسلام خاصة) بيان لحكم جنايته وهذا عند الامام وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة لان الكسبين ماله لنفوذ تصرفه في الحالين ولذا يجرى الارث فيهما عندهما وعنده ماله هو المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيأ واتفقوا أنه لا عاقلة له لانعدام النصرة فتكون الدية في ماله قيد بلحاقه أو قتله يعني على الردة لانه لو أسلم تكون الدية في الكسبين جميعا مات أو لم يمت وأشار بقوله خاصة الى أنه لو لم يكن له كسب اسلام وانما له كسب الردة فان الجناية هدر عنده خلافا لهما كذا في فتح القدير وفيه نظر والصواب أن الدية في كسب الردة لانها كالدين وقدمنا عن أبي حنيفة في الدين ثلاث روايات في رواية يقضى دين الاسلام من كسبه ودين الردة من كسبها وفي رواية يقضى من كسب الردة الا أن لا يفي فمن كسب الاسلام وفي رواية عكسه وهي الصحيحة فلم يردان دين الردة هدر فكيف يقال في جنايته مع وجود كسب الردة انها هدر والظاهر أنه سهو ولذا قال في التتارخانية والولوالجية فان لم يكن له الا كسب الاسلام أو الا كسب الردة تستوفى الدية منه وان كان له الكسبان قالا يستوفى منهما وقال الامام تستوفى من كسب الاسلام أولا فان فضل شئ استوفى الفضل من كسب الردة اه‍ وفي فتح القدير وعلى هذا لو غصب مالا وأفسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل اه‍ وفي غاية البيان ان حكم ما اغتصبه أو أتلفه كذلك عنده في كسب الاسلام فان فضل شئ كان في كسب الردة وفي التتارخانية هذا اذا ثبت الغصب والاتلاف بالمعاينة فان ثبت باقرار المرتد فعندهما يستوفى من الكسبين وعنده من كسب الردة كذا ذكر شيخ الاسلام اه‍ وينبغي أن يكون القتل خطأ كذلك لكونه متهما في اقراره لحق الورثة وفي فتح القدير والولوالجية وجناية العبد والامة والمكاتب المرتدين كجناياتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر اه‍ ولم يذكر المصنف حكم الجناية على المرتد بقطع يده أو رجله لكونه قد علم من قوله أولا لا يضمن قاتله بالاولى وذكر محمد في الاصل ان الجاني لا يضمن سواء مات المرتد من ذلك القطع على الردة أو مات مسلما حيث كان القطع وهو مرتد وأما اذا كان القطع وهو مسلم والسراية الى النفس وهو مرتد فهي المسئلة الآتية والواو في قوله ولحق بمعنى ثم وقيد به لانه لو قتل في دار الحرب ثم جاء تائبا فلا شئ عليه وكذا لو غصب أو قذف لان فعله لم ينعقد موجبا لصيرورته في حكم أهل الحرب وأما اذا فعل شيأ قبل اللحاق ثم لحق فما كان من حقوق العباد كالقتل والغصب والقذف يؤخذ به وما كان من حقوق الله تعالى كبقية الحدود فانه يسقط لان اللحاق كالموت يورث شبهة كذا في البدائع (قوله ولو ارتد بعد القطع عمدا أو مات أو لحق وجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته) بيان

فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق أو قتل فالدية في كسب الاسلام خاصة ولو ارتد بعد القطع عمدا أو مات أو لحق وجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته

(قوله وفي التتارخانية هذا اذا ثبت الخ) أقول عبارة التتارخانية هكذا وأما ما اغتصب المرتد من شئ أو أفسده فضمان ذلك في ماله عندهم جميعا ثم قال ووجب بدل الاتلاف والغصب في الكسبين جميعا من غير ان يرتب كسب الردة على كسب الاسلام هذا اذا ثبت الاتلاف والغصب بالمعاينة الخ ونقل مثله في الشرنبلالية عن فوائد الظهيرية

وان لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فكتابته لمولاه ومابقى لورثته ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فىء ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد

لمسئلتين احداهما اذا قطعت يد المسلم عمدا ثم ارتد المقطوعة يده ثم سرى القطع الى النفس ثانيهما اذا لحق المقطوع يده بدار الحرب ثم عاد مسلما ثم سرى القطع الى النفس والحكم فيهما ضمان دية اليد فقط ولا يضمن القاطع بالسراية الى النفس شيأ أما فى الاولى فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن شيا لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر قد يهدر بالابراء وبالاعتاق وبالبيع كما لو قطع يد عبد ثم باعه مولاه ثم رد عليه بالعيب ثم مات العبد من القطع فان الجانى لا يضمن للبائع ضمان النفس فلذا يهدر بالردة وأما الثانية فقال فى الهداية معناه اذا قضى بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى وان لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فهو على الخلاف الآتى فى الآتية على الصحيح فعند محمد يجب نصف الدية وعندهما دية وحاصله انه بعد اللحاق قبل القضاء كما قبل اللحاق قيد بقوله عمدا ليكون ضمان دية اليد فى ماله لانه لو كان خطأ فهو على العاقلة كما فى الولوالجية (قوله وان لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية) أى كاملة عندهما وقال محمد النصف لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر لقيام العصمة فى حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها فى حال انعقاد السبب وفى حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين قيد بكون المقطوع هو المرتد لانه لو لم يرتد وانما ارتد القاطع بعد القطع ثم قتل القاطع أو مات ثم سرى القطع الى النفس فان كان القطع عمدا فلا شئ على أحد لفوت محل القصاص وان كان خطأ وجبت الدية بتمامها على عاقلة القاطع فى ثلاث سنين من يوم قضاء القاضى عليهم كذا فى الخانية لانه حين القطع كان مسلما وتبين ان الجناية قتل بخلاف ما اذا قطعها وهو مرتد فانه لا شئ على العاقلة لان المرتد لا عاقلة له وأشار باضافة الضمان اليه الى انه فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقله فلو كان القطع خطأ وجبت الدية على العاقلة كذا فى الولوالجية (قوله ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فكتابته لمولاه ومابقى لورثته) أما على أصلهما فظاهر لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا وأما عند أبى حنيفة فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى وهو الردة ومعنى قوله أخذ بماله بالبناء للمفعول انه أسر مع ماله وأبى أن يسلم فقتل واورد عليه انه اذا اوفيت كتابته حكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين ان كسبه كسب مرتد حر فيكون فيأ عنده وأجيب بان الحكم بحريته انما هو فى الحقوق المستحقة بالكتابة وهى حرية نفسه وأولاده وملك كسبه رقبة وفيما عدا ذلك من الاحكام يعتبر عبدا ألا ترى انه لا تصح وصيته وان ترك وفاء لان الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا كسبه لا يكون فيأ لان كسب العبد المرتد لا يكون فيأ فلا يجعل حرا فى حقه والمكاتبة بدل الكتابة وفى القاموس المكاتبة التكاتب وان يكاتبك عبدك على نفسه بثمنه فاذا أداه عتق اه فاطلاق المكاتبة على البدل مجاز كما لا يخفى (قوله ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت ولدا وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فىء ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد) بيان لحكم ولد المرتدة وحاصله انه اما أن يكون موجودا منفصلا حين الردة أولا فان كان الاول فانه لا يكون مرتدا بردتهما معا لانه ثبت له حكم الاسلام بالتبعية فلا تزول

بردتهما

يرثهما الا اذا الحقا به أو أحدهما الى دار الحرب فانه خرج عن الاسلام لانه كان بالتبعية لهما أو للدار وقد انعدم الكل فيكون الولد فيئا ويجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا للام وان كان الثاني بأن ولد لهما ولد بعد لحوقهما فحكمه حكمهما من كونه فيئا ومن الجبر على الاسلام سواء كان الحبل في دار الحرب أو في دار الاسلام ولذا أطلقه المصنف وتقييده في الهداية بكون الحبل في دار الحرب اتفاقي ليعلم حكم ما اذا حبلت به في دار الاسلام بالاولى لانه اذا أجبر على الاسلام مع بعده عنه ببعده عن داره فمع كونه أقرب اليه أولى كما في النهاية لكن ليس حكم هذا الولد كحكمهما من جهة القتل ولذا قال الولوالجي لا يقتل لو أبى كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل وانما لم يجبر ولد الولد لانه اما بالتبعية لجده أو لابيه لا سبيل الى الاول مع وجود أبيه ولا الى الثاني لان ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه واذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا وأما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة أو يسلم كذا في فتح القدير واعلم ان الجد ليس كالاب في ظاهر الرواية في ثمان مسائل أربعة في الفرائض وأربعة في غيرها أما الثاني فالاولى أنه لا يكون مسلما باسلام جده في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يتبعه وهذه وهو أن ولد الولد لا يجبر كجده مبنية عليها والثانية صدقة الفطر للولد الصغير اذا كان جده موسرا أو لا أب له أو له أب معسر أو عبد لا تجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه وولاؤه لمولى أمه فاذا أعتق جده لا يجر ولاء حافده الى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو أعتق أبوه والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وأما الاربعة التي في الفرائض فرد الام الى ثلث ما بقي وحجب أم الاب والاخوة لا تسقط بالجد عندهما وتسقط بالاب اتفاقا والرابعة ابن المعتق يحجب الجد عن ميراث المعتق اتفاقا ولا يحجب الاب عند أبي يوسف فله السدس والباقي للابن ذكر هذه الاربعة الاكمل في شرح السراجية وذكروا هنا الاربعة الاولى وينبغي أن يزاد مسئلتان مذكورتان في النفقات الاولى الام تشارك الجد في نفقة الصغير اثلاثا بخلاف الاب الثانية لا تفرض النفقة على الجد المعسر بخلاف الاب فصارت المسائل عشرا وقد يزاد أخرى هي ان الصغير لا يتصف بعدم اليتم بحياة جده ويتصف به بحياة أبيه كما في الخانية من الوقف قيد بردتهما لما في البدائع لو مات مسلم عن امرأته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهر على الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم تبعا لابيه ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث أباه لان الرق من أسباب الحرمان اهـ (قوله وارتداد الصبي العاقل صحيح كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل) بيان لاسلام الصبي وردته اما الاول ففيه خلاف زفر والشافعي نظرا الى انه في الاسلام تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا ان عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهو من أجل المنافع وهو الحكم

وارتداد الصبي العاقل صحيح كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل

(قوله وينبغي أن يزاد الخ) قال في النهر أنت خبير بان الكلام فيما جاء على الروايتين وليس في المزيد ما ذكر فما في الهداية هو التحقيق

الاصلى ثم يبتنى عليه غيرها فلا يتأدى بما ينويه وفى فتح القدير مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوى به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب على الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعله بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية اداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ أما عند فخر الاسلام فلانه يثبت أصل الوجوب على الصبي بالسبب وهو حدث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة وأما عند شمس الائمة لا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد كالمسافر يصلى الجمعة فيسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعلها تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين فى عدم وجوب نية فرض الايمان بعد البلوغ على قول من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين أو لاسلامه وأبواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم ينقله أهل الاجماع عن آخرهم اهـ ولم يذكر القول الثالث المختار عند أبى منصور الماتريدى وهو ان الصبى العاقل مخاطب باداء الايمان كالبالغ حتى لو مات بعده بلا ايمان خلد فى النار ذكره فى التحرير وأما الثانى أعنى ردته ففيها خلاف أبى يوسف نظرا الى انها مضرة محضة ولهما انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام والخلاف فى أحكام الدنيا ولا خلاف انه مرتد فى أحكام الآخرة كما بيناه فى شرح المنار المسمى بتعليق الانوار فى أصول المنار معزيا الى التلويح وبه ظهر ما فى النهاية والعناية وفتح القدير بأنه اذا ارتد كان معذبا فى الآخرة مخلدا ونقلوه عن الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشى وأحال التمرتاشى هذه الرواية الى التبصرة وانما لا يقتل اذا أبى عن الاسلام لاختلاف العلماء فى صحة اسلامه لكنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن وهنا مسائل لا يقتل فيها المرتد الاولى هذه والثانية الذى اسلامه بالتبعية لابويه اذا بلغ مرتدا استحسانا لان اسلامه لما كان بطريق التبعية صار شبهة فى اسقاط القتل الثالثة اذا أسلم فى صغره ثم بلغ مرتدا استحسانا لقيام الشبهة باختلاف العلماء فى اسلامه الرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الشبهة بالاكراه مسقطة للقتل وفى الكل يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شئ كذا فى المبسوط وزاد فى فتح القدير خامسة اللقيط فى دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا اهـ وقد قدمنا ان السكران اذا أسلم ثم ارتد لا يقتل قيد بالعاقل لان ارتداد الصبى الذى لا يعقل غير صحيح كاسلامه لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذى لا يعقل وقدمنا حكم من جنونه متقطع وخرج عن هذا اسلام السكران فانه صحيح كما ذكره الشارح والله أعلم

﴿باب البغاة﴾

أخره لقلته وجوده ولبيان حكم من يقتل من المسلمين بعد من يقتل من الكفار والبغاة جمع باغ من بغى على الناس ظلم واعتدى وبغى سعى بالفساد ومنه الفرقة الباغية لانها عدلت عن القصد وأصله من بغى الجرح اذا ترامى الى الفساد وبغت المرأة تبغى بغاء بالكسر والمد فجرت فهى بغى والجمع البغايا وهو وصف مختص بالمرأة ولا يقال للرجل بغى قاله الازهرى كذا فى المصباح وفى القاموس الباغى الطالب والجمع بغاة وبغيان وفئة باغية خارجة عن طاعة الامام العادل اهـ فقوله فى فتح

﴿باب البغاة﴾

(قوله وأما الثانى أعنى ردته) قال فى التتارخانية وفى المنتقى ذكر ابن ملك عن أبى يوسف ان أبا حنيفة رجع عن قوله فى ردة المراهق وقال ردته لا تكون ردة وهو قول أبى يوسف اهـ ومثله فى الفتح

﴿باب البغاة﴾

(قوله وحكمهم عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة) قال العلامة ابراهيم الحلبي في باب الامامة من شرح المنية والمراد بالمبتدع من يعتقد شيأ على خلاف ما يعتقده أهل السنة والجماعة وانما يجوز الاقتداء به مع الكراهة اذا لم يكن ما يعتقده يؤدي الى الكفر عند أهل السنة اما لو كان مؤديا الى الكفر فلا يجوز اصلا كالغلاة من الروافض الذين يدعون الالوهية لعلي أو ان النبوة له فغلط جبريل ونحو ذلك مما هو كفر وكذا من يقذف الصديقة أو ينكر صحبة الصديق أو خلافته أو يسب الشيخين وكالجهمية والقدرية والمشبهة القائلين بأنه تعالى جسم كالاجسام ومن ينكر الشفاعة أو الرؤية أو عذاب القبر أو الكرام الكاتبين اما من يفضل عليا فحسب فهو مبتدع من المبتدعة الذين يجوز الاقتداء بهم مع الكراهة وكذا من يقول انه تعالى جسم لا كالاجسام ومن قال انه تعالى لا يرى لجلاله وعظمته واعلم ان الحكم بكفر من ذكرنا من أهل الاهواء ونحوهم مع ماثبت عن أبي حنيفة والشافعي من عدم تكفير أهل القبلة من المبتدعة كلهم محمله ان ذلك المعتقد نفسه كفر فالقائل به قائل بما هو كفر وان لم يكفر بناء على كون قوله ذلك

خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم اليه وكشف شبهتهم

عن استفراغ وسعه مجتهدا في طلب الحق لكن جزمهم ببطلان الصلاة خلفهم لا يصح هذا الجمع الاهم الا أن يراد بعدم الجواز عدم الحل مع الصحة والا فهو مشكل هكذا ذكره الشيخ كمال الدين بن الهمام وعلى هذا يجب أن يحمل المنقول على ما عدا غلاة الروافض ومن ضاهاهم فان أمثالهم لم يحصل منهم بذل وسع في الاجتهاد فان من يقول بأن عليا هو الاله أو بأن جبريل غلط ونحو ذلك من السخف انما هو متبع محض الهوى وهو أسوأ حالا ممن قال ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى فلا يتأتى من مثل الامامين العظيمين ان لا يحكما بأنهم من أكفر الكفرة وانما كلامهما في مثل من له شبهة فيما ذهب اليه وان كان ما ذهب اليه عند التحقيق في حد ذاته كفرا كمنكر الرؤية وعذاب القبر ونحو ذلك فان فيه انكار حكم النصوص المشهورة والاجماع الا ان لهم شبهة قياس الغائب على الشاهد ونحو ذلك مما علم في الكلام وكمنكر خلافة الشيخين والساب لهما فان فيه انكار حكم الاجماع القطعي الا انهم ينكرون حجية الاجماع باتهامهم الصحابة فكان لهم شبهة في الجملة وان كانت ظاهرة البطلان بالنظر الى الدليل فبسبب تلك الشبهة التي أدى اليها اجتهادهم لا يحكم بكفرهم مع ان معتقدهم كفر احتياطا بخلاف مثل من ذكرنا من الغلاة فتأمل اه

القدير الباغي في عرف الفقهاء الخارج عن الامام الحق تساهل لما علمت انه في اللغة أيضا والخارجون عن طاعته ثلاثة قطاع الطريق وقد علم حكمهم وخوارج وبغاة وفرق بينهما في فتح القدير بان الخوارج قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل يرون انه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة وذهب بعض المحدثين الى كفرهم قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط ان بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى أكثر أهل السنة والنقل الاول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن من حديث الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وأما البغاة فقوم مسلمون خرجوا على الامام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم اه فما في البدائع من تفسير البغاة بالخوارج فيه قصور وانما لا نكفر الخوارج باستحلال الدماء والاموال لتأويلهم وان كان باطلا بخلاف المستحل بلا تأويل (قوله خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم اليه وكشف شبهتهم) بان يسألهم عن سبب خروجهم وان كان لظلم منه أزاله وان قالوا الحق معنا والولاية لنا فهم بغاة لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه أهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به استحبابا لا وجوبا فان أهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود الى الجماعة لم يكن عليهم شئ لانهم علموا ما يقاتلون عليه فالهم كالمرتدين وأهل الحرب بعد بلوغ الدعوة كذا في العناية فلو أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه لا يكونون بغاة ولا يجوز معاونة الامام عليهم حتى يجب على

المسلمين ان يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جورهم بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظالم مثل
تحصيل بعض الجبايات التي للامام أخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه كذا في فتح القدير
قيد باسلامهم لان أهل الذمة اذا غلبوا على موضع للحراب صاروا أهل حرب كما قدمناه لكن لو
استعان أهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما ان هذا الفعل من أهل
البغي ليس نقضا للايمان فحكمهم حكم البغاة كذا في فتح القدير يعني بالتبعية للمسلمين فلا يرد على
التقييد بالاسلام والمراد بالامام السلطان أو نائبه قال في الخانية من السير قال علماؤنا السلطان من
يصير سلطانا بامرين بالمبايعة معه ويعتبر في المبايعة أشرافهم وأعيانهم والثاني ان ينفذ حكمه
في رعيته خوفا من قهره وجبروته فان بايع الناس ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير
سلطانا فاذا صار سلطانا بالمبايعة فجار ان كان له قهر وغلبة لا ينعزل لانه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر
والغلبة فلا يفيد وان لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اهـ وقيد بغلبتهم على بلد لانه لا يثبت حكم البغي
ما لم يتغلبوا أو يجتمعوا ويصير لهم منعة كذا في المحيط ولم يقيد المصنف الامام بالعادل وقيده في فتح
القدير بأن يكون الناس به في أمان والطرقات آمنة (قوله وبدأ بقتالهم) يعني اذا تعسكروا واجتمعوا
وهو اختيار لما نقله خواهر زاده عن أصحابنا انا نبدؤهم قبل ان يبدؤنا لان الحكم يدار على الدليل
وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على
الدليل ضرورة دفع شرهم ونقل القدوري انه لا يبدؤهم حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق
جمعهم وظاهر كلامهم ان المذهب الاول وفي البدائع يجب على كل من دعاهم الامام الى قتالهم ان
يجيب ولا يسعهم التخلف اذا كان له غنى وقدرة لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف
فيما هو طاعة وما عن أبي حنيفة من الاعتزال في الفتنة ولزوم البيت محمول على ما اذا لم يدعه أما اذا
أدعاه الامام فالاجابة فرض اهـ وأما تخلف بعض الصحابة رضي الله عنهم عنها فمحمول على انه لم يكن
لهم قدرة وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال وما روي اذا التقى المؤمنان بسيفيهما فالقاتل
والمقتول في النار محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين أو محلتين أو لاجل الدنيا
والمملكة كذا في فتح القدير وفي المحيط طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا ان كان خيرا للمسلمين كما في
أهل الحرب ولا يؤخذ منهم شيء فلو أخذنا منهم رهونا وأخذوا منا رهونا ثم غدروا بنا وقتلوا رهوننا
لا ينبغي لنا ان نقتل رهونهم لان الرهون صاروا آمنين في أيدينا وشرط اباحة دمهم باطل ولكنهم
يحبسون الى أن يهلك أهل البغي أو يتوبوا وكذلك أهل الشرك اذا فعلوا برهوننا ذلك لا نفعل برهونهم
فيجبرون على الاسلام أو يصيروا ذمة وفي الهداية واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال
ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان (قوله
ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم والا لا) أي وان لم يكن لهم فئة لا يجهز على الجريح ولا
يتبع المولي لدفع شرهم بالاول كيلا يلحقوا بهم ولاندفاع الشر دونه في الثاني والفئة الطائفة والجمع
فئون وفئات وجهز على الجريح كمنع وأجهز أثبت قتله وأسرعه وتمم عليه وموت مجهز وجهيز سريع
كذا في القاموس واتبع على البناء للمفعول للقتل والاسر وموليهم بالنصب مفعول ثان وهو اسم
فاعل من ولى تولية أدبر كتولى ولم يذكر حكم أسيرهم وفي البدائع ان شاء الامام قتله وان شاء حبسه
لاندفاع شره به ويقاتل أهل البغي بالمنجنيق والغرق وغير ذلك كأهل الحرب وكل من لا يجوز قتله
من أهل الحرب من النساء والصبيان والشيوخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البغي الا اذا قاتلوا

وبدأ بقتالهم ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم والا لا

فيقتلون حال القتال وبعد الفراغ الا الصبيان والمجانين ولا يجوز للعادل ان يبتدئ بقتل محرمه من أهل البغي مباشرة الا اذا أراد قتله فله ان يدفعه ولو بقتله وله ان يتسبب ليقتله غيره كعقر دابته بخلاف أهل الحرب فان له ان يقتل محرمه منهم مباشرة الا الوالدين اه (قوله ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا) لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير مؤول بما اذا لم يكن لهم فئة ومعنى لا يكشف لهم ستر لا تسبى نساؤهم أطلق المال فشمل العبيد فلذا قال في البدائع وأما العبد المأسور من أهل البغي فان كان قاتل مع مولاه يجوز قتله وان كان يخدم مولاه لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يتوب اه وظاهر ما في الكتاب حبس عين الكراع وليس كذلك لما في الهداية وأما الكراع فلا يمسك ولكنه يباع ويحبس ثمنه لمالكه لانه أنفع له وذكر في المحيط الدواب بدل الكراع وفي فتح القدير ولا ينفق عليه من بيت المال لتتوفر مؤنتها عليه وهذا اذا لم يكن للامام بها حاجة اه (قوله وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم) لان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى قيد بالسلاح والخيل لان غيرهما من الاموال لا ينتفع به مطلقا كذا في البدائع وفي المحيط قال الباغي تبت وألقى السلاح كف عنه لان توبة الباغي بمنزلة الاسلام من الحربي في افادة العصمة والحرمة ولو قال كف عني لانظر في أمري لعلي ألقي السلاح يكف عنه ولو قال أنا على دينك ومعه السلاح لم يكف عنه لان ذلك ليس بتوبة اه (قوله وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شئ) لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب فلا قصاص ولا دية ولذا عبر بالشئ المنكر في النفي فظاهره انه لا يأثم أيضا وهو ظاهر ما في فتح القدير فانه علل بانه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شئ فلما كان مباح القتل لم يجب به شئ اه وفي البدائع يصنع بقتلى أهل العدل ما يصنع بسائر الشهداء لانهم شهداء وأما قتلى أهل البغي فلا يصلى عليهم ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون ويكره أن تؤخذ رؤسهم وتبعث الى الآفاق وكذلك رؤس أهل الحرب لانه مثلة اه وفي فتح القدير وجوزه بعض المتأخرين اذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم اه ومنعه في المحيط في رؤس البغاة وجوزه في رؤس أهل الحرب (قوله وان غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به) يعني بشرطين الاول ان كان عمدا الثاني أن لا يجري على أهله أحكام أهل البغي وأزعجوا من المصر قبل ذلك لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام وبعد اجراء أحكامهم تنقطع فلا يجب (قوله وان قتل عادل باغيا أو قتله باغ وقال أنا على حق ورثه وان قال أنا على باطل لا) أي لا يرثه بيان لمسئلتين الاولى اذا قتل عادل باغيا فانه يرثه ولا تفصيل فيه لانه قتل بحق فلا يمنع الارث وأصله ان العادل اذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم كذا في الهداية وصرح في البدائع بان العادل لا يضمن ما أصاب من أهل البغي من دم أو جراحة أو مال استهلكه وفي شرح المختار قال محمد اذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم وفي المحيط العادل لو أتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وأمكن الزام الضمان له فكان في ايجابه فائدة ووفق الشارح فحمل عدم وجوب الضمان على ما اذا أتلفه حال القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه أن يقتلهم الا باتلاف شئ من أموالهم

ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شئ وان غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به وان قتل عادل باغيا أو قتله باغ وقال أنا على حق ورثه وان قال أنا على باطل لا

(قوله وظاهر ما في الكتاب الخ) قال في النهر قال في الفتح واذا حبسها كان بيع الكراع أولى لان حبس الثمن أنظر ولا ينفق عليهم من بيت المال لتتوفر مؤنتها وبه اندفع ما في البحر لما علمت من أن له حبسه وان خالف الاولى (قوله وفي شرح المختار قال محمد الخ) مقتضاه ان كلام محمد في تغريم العادل وليس كذلك ويدل عليه تمام كلامه المنقول في شرح المختار وهو قوله بعد ما ذكره هنا لانهم أتلفوه بغير حق فسقط المطالبة ولا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى اه وقال في فتح القدير اذا تاب أهل البغي تقدم

انهم لا يضمنون ما أتلفوا في المبسوط وروى عن محمد قال أفتيهم بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والاموال ولا ألزمهم بذلك في الحكم قال شمس الأئمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطؤهم الآن ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتوا به (قوله وفي الهداية وعلى هذا الخلاف الخ) قال في الفتح والباغي اذا قتل العادل بعد قيام منعتهم وشوكتهم لا يجب الضمان عليه عندنا بل يأثم وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال وقال الشافعي في القديم يضمن وبه قال مالك لانها نفوس وأموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا وعلى هذا الخلاف اذا ما المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا ولنا انه اتلاف ممن لا يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على أهل الحرب اه (قوله لا يجوز لنا الاستعانة بأهل الشرك على أهل البغي) يوجد في عامة النسخ بعده اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر وفي بعضها أهل الشرك وهو في الفتح كذلك وعبارته بتمامها ولو ظهر أهل العدل فالجؤهم الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك لان حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا بأهل الشرك على أهل البغي

وكره بيع السلاح من أهل الفتنة لانه اعانة على المعصية

كالجمل وأما اذا أتلفوها في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لعصمة أموالهم وفي فتح القدير ولو دخل باغ بأمان فقتله عادل كان عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه الثانية اذا قتل باغ عادلا فمنع أبو يوسف ارثه لانه قتل بغير حق وكذا اذا أتلف ماله ضمنه لعصمة دمه وماله وقالا ان قال الباغي كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم اني على الباطل لم يرثه لانه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فان تجردت المنعة عن التأويل كقوم تغلبوا على بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا أو قدر عليهم كذا في فتح القدير وفي الهداية وعلى هذا الخلاف اذا مات المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا اه وبما قررناه ظهر ان الضمير في قوله وقال أنا على حق عائد الى الباغي لا الى القاتل الشامل للعادل والباغي وفي الهداية الباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان ويأثم وفي البدائع لا يضمن ما أصاب من دم أو جراحة أو مال ولو فعل شيأ من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وتفرق الجمع يؤخذ به اه والحاصل ان المسألة رباعية لان الجاني والمجني عليه اما أن يكونا عادلين أو باغيين أو مختلفين فان كانا باغيين بدئ بقوله وان قتل باغ مثله وان كانا مختلفين فقد بدئ بقوله وان قتل عادل باغيا أو قتله باغ وان كانا عادلين فان كانا في معسكر أهل البغي فلا قصاص لان دار البغي كدار الحرب وان كانا في مصر فيه البغاة لكن لم تجر أحكامهم فيها فقد بدئ بقوله وان غلبوا على مصر وفي فتح القدير وان كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله رجل من أهل العدل لم تكن عليه دية كما لو كان في صف أهل الحرب ثم اعلم ان المصنف سكت عن أحكام منها حكم قضاتهم وفي البدائع الخوارج لو ولوا قاضيا فان كان باغيا وقضى بقضاء ثم رفعت الى أهل العدل لا ينفذها لانه لا يعلم كونها حقا لانهم يستحلون دماءنا وأموالنا ولو كتب القاضي الباغي الى القاضي العادل كتابا فان علم انه قضى بشهادة أهل العدل نفذه والا فلا وان كان قاضيهم عادلا نفذنا قضاءه لصحة توليته والظاهر قضاؤه على رأي أهل العدل ومنها ان أمان الباغي لاهل الحرب صحيح لاسلامه فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من أهل العدل أن يشترى منهم ومنها انه لا يجوز لنا الاستعانة بأهل الشرك على أهل البغي اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ولا بأس أن يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر كذا في فتح القدير (قوله وكره بيع السلاح من أهل الفتنة لانه اعانة على المعصية) قيد بالسلاح لان بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد ونحوه لا يكره لانه لا يصير سلاحا الا بالصنعة نظيره بيع المزامير يكره ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزامير وهو القصب والخشب وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا في البدائع وذكر الشارح ان بيع الحديد لا يجوز من أهل الحرب ويجوز من أهل البغي والفرق ان أهل البغي لا يتفرغون لعمله سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بخلاف أهل الحرب اه وقد استفيد من كلامهم هنا ان ما قامت المعصية بعينه يكره

بيعه ومالا فلا ولذا قال الشارح انه لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة اه وذكر الشارح من الحظر والاباحة انه لا يكره بيع جارية لمن لا يستبريها أو يأتيها من دبرها أو بيع غلام من لوطى اه وفى الخانية من البيوع ويكره بيع الامرد من فاسق يعلم انه يعصى به لانه اعانة على المعصية اه وسيأتى ان شاء الله تعالى فى الحظر والاباحة تمامه أطلق فى أهل الفتنة فشمل البغاة وقطاع الطريق واللصوص (قوله وان لم يدر انه منهم لا) أى لا يكره البيع لان الغلبة فى الامصار لاهل الصلاح وظاهر كلامهم فى الاول ان الكراهة تحريمية لتعليلهم بالاعانة على المعصية والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب اللقيط ﴾

لما كان فى الالتقاط دفع الهلاك عن نفس اللقيط ذكره عقيب الجهاد الذى فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين قال فى القاموس لقطه أخذه من الارض فهو ملقوط ولقيط واللقيط المولود الذى ينبذ كالملقوط اه وفى المغرب اللقيط ما يلقط أى يرفع عن الارض وقد غلب على الصبى المنبوذ لانه على عرض أن يلقط وهو فى الشريعة اسم لحى مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة مضيعه آثم ومحرزه غانم (قوله ندب التقاطه) لما فيه من احيائه وهو من أفضل الاعمال (قوله ووجب ان خيف الضياع) أى فرض على الكفاية ان غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه بان وجده فى مفازة ونحوها من المهالك صيانة له ودفعا للهلاك عنه كمن رأى أعمى يقع فى البئر افترض عليه حفظه من الوقوع وانما افترض على الكفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته ويتعين ان لم يعلم به غيره وفى القاموس ضاع يضيع ضيعا ويكسر وضيعة وضياعا هلك اه فالضاد مفتوحة وليس المراد من الوجوب ما اصطلحنا عليه بل الافتراض فلا خلاف بيننا وبين باقى الائمة كما قد توهم وينبغى أن يحرم طرحه بعد التقاطه لانه وجب عليه بالتقاطه حفظه فلا يملك رده الى ما كان عليه (قوله وهو حر) لان الاصل فى بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب فيترتب عليه احكام الاحرار من أهلية الشهادة والاعتاق وتوابعه وحد قاذفه وغير ذلك من احكام الاحرار الا انه لا يحد قاذف أمه لان احصان المقذوف شرط ولم يعرف احصانها وسيأتى انه لا يرق الا ببينة وسنبين حكم اقراره بالرق أطلقه فشمل ما اذا كان الواجد حرا أو عبدا أو مكاتبا ولا يكون تبعا للواجد كذا فى الولوالجية وفى المحيط وجد العبد المحجور عليه لقيطا ولا يعرف الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عبدى فالقول للمولى لان ما فى يد العبد المحجور فى يد المولى لانه ليس له يد على نفسه ولهذا لو ادعى انسان ما فى يده لا ينتصب خصما له ولو أقر بما فى يده لم يصح وان كان مأذونا فالقول له لان للمأذون يدا ولهذا ينتصب خصما لمن ادعى ما فى يده ولو أقر بما فى يده صح فصح اقراره بانه لقيط من حيث ان ما فى يده ليس له كما فى مال آخر فى يده لا من حيث انه أقر بالحرية لانه لا يملك الاقرار بالحرية وتثبت حريته باعتبار الاصل فانها أصل فى بنى آدم لا باقراره اه (قوله ونفقته فى بيت المال) هو المروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذى لا مال له ولا قرابة وسيأتى فى اللقطة ان الملتقط متبرع بالانفاق عليهما وباذن القاضى يكون دينا ونبينه ان شاء الله تعالى وفى الخانية وان أمره القاضى أن ينفق عليه وشرط له الرجوع على اللقيط فادعى الملتقط عليه بعد بلوغه انه أنفق عليه بامر القاضى كذا ان صدقه اللقيط رجع بذلك

وان لم يدر انه منهم لا

﴿ كتاب اللقيط ﴾

ندب التقاطه ووجب ان خيف الضياع وهو حر ونفقته فى بيت المال

اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر

﴿ كتاب اللقيط ﴾

(قوله ويتعين الخ) أى يكون فرضه عين

عليه وان كذبه في الانفاق لا يرجع الا ببينة اه أطلق النفقة فشمل الكسوة كما في المحيط ولو قال وما يحتاج اليه في بيت المال لكان أولى لما في المحيط ان مهره اذا زوجه السلطان في بيت المال وان كان له مال ففي ماله اه ولو أبى الملتقط الانفاق عليه وسأل القاضي أخذه منه فهو مخير والاولى قبوله بالبينة اذا علم عجزه عنه فلو قبله القاضي ودفعه الى آخر وأمره بالانفاق ليرجع ثم طلب الاول رده خير القاضي كذا في الخانية والمحيط (قوله كارثه وجنايته) فان ارثه لبيت المال وجنايته فيه لان الخراج بالضمان فلو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على أهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار للامام بين القتل والصلح على الدية وليس له العفو وقال أبو يوسف تجب الدية في مال القاتل كذا في الخانية وفي البدائع ان ولاءه لبيت المال كعقله وله أن يوالي من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالي أحدا ووليه السلطان في ماله ونفسه للحديث السلطان ولي من لا ولي له فيزوجه ويتصرف في ماله دون الملتقط وفي الظهيرية لو جعل الامام ولاء اللقيط للملتقط جاز لانه قضاء في فصل مجتهد فيه (قوله ولا يأخذه منه أحد) أي لا يأخذ اللقيط من الملتقط أحد بغير رضاه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده عممه فشمل الامام الاعظم فلا يأخذه منه بالولاية العامة الا بسبب يوجب ذلك كذا في فتح القدير وقيدنا بالجبر لانه لو دفعه الى غيره باختياره جاز وليس له أن يأخذه من الثاني لانه أبطل حق نفسه عن اختيار وأفاد بانه لا يأخذه أحد انه لو انتزعه أحد فاختصم الاول والثاني الى القاضي فان القاضي يدفعه الى الاول كذا في الخانية وينبغي أن ينتزع منه اذا لم يكن أهلا لحفظه كما قالوا في الحاضنة وكما أفاده في فتح القدير بقوله الا بسبب يوجب ذلك وفي الخانية وللملتقط أن ينقله الى حيث شاء اه وفي فتح القدير ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما قضي به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلمه أحكام الاسلام بخلاف الكافر اه وهو يفيد ان الملتقط اذا كان متعددا فان أمكن الترجيح اختص به الراجح ولم أر حكم ما اذا استويا وينبغي أن يكون الرأي فيه الى القاضي وفي روض الشافعية يشترط في الملتقط تكليف وحرية ورشد واسلام وعدالة فلا يصح من عبد الا باذن سيده أو تقريره ويكون السيد الملتقط والا انتزع من العبد ولا من مكاتب الا باذن سيده وينزع من سفيه وفاسق وكافر وكذا من لم يختبر وظاهره الامانة فان تنازع فيه ملتقطان قبل أخذه اختار الحاكم ولو غيرهما أو بعد الاخذ وهما أهل للالتقاط فالسابق بالاخذ فان استويا قدم الغني وظاهر العدالة على فقير ومستور ثم يقرع ولا يقدم مسلم على ذمي في كافر والرجل والمرأة سواء فيقرع اه ولم أر مثل هذا البيان لاصحابنا (قوله ويثبت نسبه من واحد) استحسانا لاحتياجه اليه أطلقه فشمل الملتقط وغيره والقياس أن لا يقبل دعوى غيره لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان لكن وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط فوجهه في دعوى غير الملتقط تضمن ابطال حق الملتقط ووجهه في دعوى الملتقط تناقض كلامه وتمامه في النهاية وأفاد بثبوت النسب بدعوى غير الملتقط ان يكون أحق بحفظه من الملتقط ضرورة ثبوت النسب وكم من شيء يثبت ضمنا ولا

كارثه وجنايته ولا يأخذه منه أحد ويثبت نسبه من واحد

(قوله عممه فشمل الامام الاعظم) قال في النهر أقول المذكور في المبسوط للامام الاعظم أن يأخذه بحكم الولاية العامة الا انه لا ينبغي له ذلك وهو الذي ذكره في الفتح أيضا وذلك انه لما أن نقل عن علي انه جيء له بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أحب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه لانه لا ينبغي للامام أن يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو أحق به اه (قوله وينبغي أن ينتزع منه الخ) قال في النهر وينبغي أن يكون معناه ان الاولى أن ينزع منه لا ان يتعين عليه ذلك لما قدمناه عن الخانية فيما اذا علم القاضي عجزه عن حفظه بنفسه وأتى به اليه فان الاولى له أن يقبله اه (قوله ولم أر مثل هذا البيان لاصحابنا) قال في النهر عند قول المصنف ووجب ان خاف الضياع أي لزم وفيه ايماء الى انه يشترط في الملتقط كونه مكلفا فلا يصح التقاط الصبي والمجنون ولا يشترط أن يكون مسلما عدلا رشيدا لما سيأتي من ان التقاط الكافر صحيح والفاسق أولى وان العبد المحجور عليه يصح التقاطه أيضا فالمحجور عليه بالسفه أولى

يثبت

ومن اثنين وان وصف أحدهما علامة به فهو أحق به

يثبت قصدا وهو الاصح وأطلقه عن البينة فشمل ما اذا لم يبرهن استحسانا لما فيه من النظر من الجانبين والقياس أن لا يثبت الا ببينة وهذا اذا لم يظهر كذبه ولذا قال في الظهيرية لو انفرد رجل بالدعوى وقال هو غلام فاذا هو جارية أو قال هو جارية فاذا هو غلام لا يقضى له أصلا اه وهذا كله حالة الحياة أما بعد الموت فقال في الخانية واذا مات اللقيط وترك مالا ولم يترك فادعى رجل بعد موته انه ابنه لا يصدق الا بحجة اه (قوله ومن اثنين) أي ويثبت نسبه من اثنين اذا ادعياه معا ولا مرجح لاستوائهما في السبب وقيده في الخانية بان يقول كل واحد منهما هو ولدي من جارية مشتركة بينهما قيد بالاثنين لان فيما زاد على الاثنين اختلافا فروى عن الامام انه جوز الى خمسة وقال أبو يوسف يثبت من اثنين ولا يثبت من أكثر من ذلك وقال محمد أجوز الثلاثة ولا أجوز أكثر من ذلك كذا ذكره الاسبيجابي ولم أر ترجيح هذه الاقوال وقيد بدعوى الرجل لان المدعي لو كان امرأة ادعت انه ابنها فان صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز ولو ادعت امرأتان وأقامت احداهما البينة فهي أولى به وان أقامتا جميعا فهو ابنهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنهما وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما كذا في البدائع واعلم أن شهادة القابلة انما يكتفى بها فيما اذا كان لها زوج منكر للولادة أما اذا لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة رجلين كما صرح به في الخانية وفيها لو أقامت احداهما رجلين والاخرى امرأتين يجعل ابنا للذي شهد لها رجلان ولو ادعت امرأتان اللقيط انه ابنهما كل واحدة منهما تقيم البينة على رجل على حدة بعينه انها ولدته منه قال أبو حنيفة يصير ولدهما من الرجلين جميعا وقالا لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين اه وفي الظهيرية رجلان ادعيا نسب اللقيط وأقاما البينة وأرخت بينة كل واحد منهما يقضى لمن يشهد له سن الصبي فان كان سن الصبي مشتبها لم يوافق كلا من التاريخين فعلى قولهما يسقط اعتبار التاريخ ويقضى به بينهما باتفاق الروايات وأما على قول أبي حنيفة فقد ذكر خواهر زاده انه يقضى به بينهما في رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان يقضى لاقدمهما تاريخا اه وفي التتارخانية انه يقضى به بينهما في عامة الروايات وهو الصحيح وقيدنا بكونهما ادعياه معا لانه لو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل منه الا ببينة لان البينة أقوى كذا في الهداية ولا اعتبار بالوصف من الثاني مع سبق الاول كما في فتح القدير وقيدنا بعدم المرجح لاحدهما لانه لو كان لاحدهما مرجح فهو أولى فيقدم الملتقط على الخارج ولو كان الملتقط ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فيحكم للذمي وباسلام الولد ويقدم من يقيم البينة على من لم يبرهن من الخارجين والمسلم على الذمي والحر على العبد والذمي الحر على العبد المسلم ولم يذكروا من المرجح تقديم الاب على الابن وذكروه في ولد الجارية المشتركة والفرق ظاهر وأما الترجيح بالعلامة فسيأتي (قوله وان وصف أحدهما علامة به) أي بالولد (فهو أحق به) يعني اذا وافقها لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه قيدنا باللقيط لان صاحب العلامة في اللقطة لا يترجح عند التنازع لان الترجيح عند وجود سبب الاستحقاق وقد وجد في اللقيط وهو الدعوة دون اللقطة وكذا لو تنازع خارجان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة فانه لا ترجيح له وقيدنا بالموافقة لانه لو وصف أحدهما العلامة ولم يصب فلا ترجيح وهو ابنهما وكذا لو وصف أحدهما وأصاب في البعض وأخطأ في البعض فهو ابنهما وان وصفا ولم يصب

(قوله وقيده في الخانية بان يقول الخ) قال في النهر لا وجود لهذا التقييد في الخانية فان الذي فيها لو ادعى رجلان معا كل واحد منهما يقول هو ولدي من جارية مشتركة بينهما ثبت نسبه وصار ولدا لهما وهذا كما ترى لا يفيد تقييدا أصلا ثم رأيت في التتارخانية لو عين كل واحد منهما امرأة أخرى قضى بالولد بينهما وهل يثبت نسب الولد من المرأتين على قياس قول أبي حنيفة يثبت وعلى قولهما لا يثبت وقال قبله لو ادعته امرأتان كل واحدة منهما تقيم البينة على رجل على حدة معينة انها ولدته منه قال أبو حنيفة يصير ولدهما من الرجلين جميعا وقالا لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين اه وهذا كما ترى صريح في ان اتحاد الوالدة ليس شرطا في ثبوته من متعدد نعم المذكور في الخانية عنهما انه لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين

واحد منهما فهو ابنهما ولو وصفا وأصاب أحدهما دون الآخر قضى للذي أصاب كذا في الظهيرية ثم اعلم ان العلامة مرجحة عند عدم مرجح أقوى منها فيقدم ذو البرهان على ذي العلامة والمسلم على الذمي ذي العلامة وظاهر ما في فتح القدير تقديم ذي اليد على الخارج ذي العلامة وينبغي تقديم الحر على العبد ذي العلامة فعلم انها أضعف المرجحات وفي التتارخانية واذا ادعى اللقيط رجلان ادعى أحدهما انه ابنه والآخر انه ابنته فاذا هو خنثى فان كان مشكلا تقضي به بينهما وان لم يكن مشكلا حكم به لمن ادعى انه ابنه اه وفيها عن القدوري لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان قضى به للمسلم (قوله ومن ذمي وهو مسلم ان لم يكن في مكان أهل الذمة) أي يثبت النسب من ذمي عند عدم دعوى مسلم ويكون اللقيط مسلما ان لم يكن في مكان أهل الذمة وهذا استحسان لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره والمراد من مكان أهل الذمة قرية من قراهم أو بيعة أو كنيسة قال في الهداية وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان أو ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير وفي النهاية حاصلها على أربعة أوجه أحدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين فهو مسلم ثانيها ان يجده كافر في مكانهم فهو كافر ثالثها ان يجده كافر في مكان المسلمين رابعها عكسه ففيه روايتان ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان فيهما وفي رواية ابن سماعة العبرة للواجد فيهما وفي فتح القدير ولا ينبغي أن يعدل عما في بعض النسخ من اعتبار الاسلام أي ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغير اه وظاهر كلام المصنف انه انما يعتبر مكان أهل الذمة اذا كان الواجد ذميا ومفهومه ان يكون مسلما في الصور الثلاث ذميا في صورة واحدة ولا يعدل عنه كما ذكرنا وفي كفاية البيهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط كما لو اختلط الكفار بعني موتانا بموتاهم فانه يعتبر بالزي والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب أن يؤخذ بقوله كذا في فتح القدير وذكر في الخانية الروايات الاربع وصرح في المختار بان ظاهر الرواية اعتبار المكان وفي الخانية ولو أدرك اللقيط كافرا ان كان الملتقط وجده في مصر من أمصار المسلمين فانه يحبس ويجبر على الاسلام استحسانا واختلفوا في موضع القياس والاستحسان قال بعضهم القياس والاستحسان في قتله اذا لم يسلم في القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل وقال بعضهم الاستحسان والقياس في الجبر على الاسلام في القياس لا يجبر على الاسلام ويترك على الكفر بالحرية وفي الاستحسان يجبر على الاسلام ولا يترك على الكفر وهو الصحيح اه ثم اعلم ان ابن الذمي اللقيط انما يكون مسلما اذا لم يقم بينة انه ابنه فان برهن بشهود مسلمين قضى له به وصار تبعا له في دينه وان أقام بينة من أهل الذمة لا يكون ذميا الا انا حكمنا باسلامه فلا يبطل هذا الحكم بهذه البينة لانها شهادة قامت في حكم الدين على مسلم فلا تقبل كذا في الخانية (قوله ومن عبد وهو حر) أي يثبت نسبه من عبد ادعى انه ابنه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك وقدمنا ان الحر في دعوته اللقيط أولى من العبد وان المسلم أولى من الذمي ترجيحا لما

ومن ذمي وهو مسلم ان لم يكن في مكان أهل الذمة ومن عبد وهو حر

(قوله وان لم يكن مشكلا حكم به لمن ادعى انه ابنه) قال المقدسي ينبغي ان يتوقف الى البيان والاوفق والاوفق اه قلت والذي رأيته في التاتارخانية وان لم يكن مشكلا يحكم بكونه ابنا فهو للذي ادعى أنه ابنه اه وعليه فلا اشكال

هو الانظر فى حقه أطلق فى قوله وهو حر فشمل ما اذا قال العبد هو ابنى من زوجتى وهى أمة فصدقه مولاها لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل الحرية بتصادق العبد وسيدها وهذا قول محمد وقال أبو يوسف يكون عبد السيدها لان الامة أمه واذا ثبت النسب منها ثبت ماهو من ضروراته وهو الرق اذ يستحيل أن يكون المولود بين رقيقين حرا بخلاف الذمى على ما بينا قلنا لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك كذا فى التبيين وظاهره ترجيح قول محمد وفى آخر جامع الفصولين قيل قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ووصية وصورته ان يكون للحر ولد وهو قن لاجنبى فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى اه وفى التبيين ولو ادعاه حران أحدهما انه ابنه من هذه الحرة والآخر من الامة فالذى يدعى انه من الحرة أولى لكونه أكثر اثباتا لكونه يثبت جميع أحكام النسب ولو كانت الامة سرية له لانه يثبت الاحكام من جانب والآخر من جانبين فكان أولى (قوله ولا يرق الا ببينة) لانه حر ظاهرا فاذا أقام بينة انه عبده قبلت وكان عبده لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفى دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التى أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهذا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة ويشترط فى قبولها اسلامهم لانه مسلم بالدار وباليد فلا يحكم عليه بشهادة الكفار الا اذا اعتبر كافرا بوجوده فى موضع أهل الذمة على ما بينا وفى المحيط وان ادعى الملتقط انه عبده ان لم يقر بانه لقيط فالقول قوله لان الصغير فى يده وان أقر انه لقيط لا يصدق فى دعواه الا ببينة قيد بالبينة لانه لا يرق باقراره لمدعيه فلو صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يسمع تصديقه لانه يضر به نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا فى يد رجل فادعى انه عبده وصدقه الغلام فانه يكون عبدا له وان لم يدرك لانه لم يعرف الا فى يده وان ردلا يصح لقيام يده من وجه وان بلغ فاقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب فى ذلك شرعا فهو كالو كذبه الذى أقر له بالرق ولو كان اللقيط امرأة فاقرت بالرق بعد ما كبرت أو كان بعد التزوج صح وكانت أمة للمقر له ولا تصدق فى ابطال النكاح لان الرق لا ينافى النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح وان بلغ فتزوج امرأة ثم أقر انه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق فصداقها لازم عليه لا يصدق فى ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم فى اقراره وكذا اذا استدان دينا أو بايع انسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر انه عبد فلان لا يصدق فى ابطال شئ من ذلك لانه متهم كذا فى فتح القدير والخانية وزاد فيها فاذا أعتقها المقر له وهى تحت زوج لم يكن لها خيار العتق ولو كان الزوج طلقها واحدة وأقرت بالرق يصير طلاقها ثنتين لا يملك الزوج عليها بعد ذلك الا تطليقة واحدة ولو كان طلقها ثنتين ثم أقرت بالرق كان له أن يراجعها وكذلك حكم المعتدة اذا أقرت بالرق بعد ما حاضت حيضتين كان له أن يراجعها فى الحيضة الثالثة اه وهكذا ذكر فى المحيط وزاد فيه لو دبر اللقيط عبدا ثم أقر بالرق لآخر ثم مات عتق المدبر من ثلثه ويسعى فى ثلثى قيمته لمولاه لان

ولا يرق الا ببينة

المقر بالرق بقى حرا فى حق المدبر وقد مات ولا مال له غير المدبر فيسعى فى ثلثى قيمته لمولاه لانه يقر بذلك لمولاه ولو ان مولاه أعتقه كان المدبر على حاله غير ان خدمته للمولى وسعايته بعد موت اللقيط للمولى لان المدبر يقر بالخدمة والسعاية للقيط وهو يقر بذلك لمولاه فصار كمن يقر للمقرله اهـ وذكره فى المحيط من كتاب الاقرار أيضا وزاد فى باب الاقرار بالرق ان ما ولدت قبله أو بعده لاقل من ستة أشهر فهو حر لانه عرف علوقه قبل الاقرار فلا يصدق فى ابطال حريته فان ولدته لاكثر فعند أبى يوسف هو عبد خلافا لمحمد لان الزوج استحق عليها حرية الاولاد فلا يبطل هذا الاستحقاق باقرارها وذكر فى الزيادات لو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم باقرارها ملك عليها الرجعة ولو علم لا يملك وذكر فى الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قيل ما ذكره فى الجامع قياس وما ذكره فى الزيادات استحسان وهو الصحيح ولو اشترى مجهول الحرية عبدا فاعتقه ثم أقر بالرق فجحد المعتق وللمقر ابن كبير يجحد أيضا يصير المقر عبدا والمعتق حر على حاله فان مات المعتق وترك مالا وعصبة فماله لعصبته فان لم يكن له وارث غير الذى أعتقه فماله للمقر له فان كان للميت بنت فالنصف لها والنصف للمقر له فان جنى هذا العتيق فارشه عليه وان جنى عليه فهى كالجناية على المملوك وهو كالمملوك فى الشهادة لان حريته ثابتة بالظاهر لا بالدليل فصلح للدفع لا للاستحقاق ولو أعتق المقر له المقر ثم مات العتيق الاول ولا عصبة له كان ميراثه للمقر له اهـ وفيه أيضا لو أقرت المنكوحة بالرق فان أعطاها الزوج المهر قبل اقرارها برئ وبعد اقرارها لم يبرأ لان المهر صار للمقر له اهـ وهو يفيد انها أمة فى حق القسم فى النكاح وينبغى أن يكون تسليمها للزوج كتسليم الحرائر فلا يملك المقر له استخدامها ومنعها من السكنى مع الزوج لما فيه من الاضرار فتستحق النفقة بلا تبوئة وقيد فى المحيط بجحد العتيق ولم يصرح بمفهومه وصرح فى تلخيص الجامع بانه لو صدق العتيق مولاه فى اقراره بالرق يبطل عتقه لان المنع لحقه اذ الولاء يقبل البطلان بدليل العتيقة ترتد فتسبى وفى التتارخانية اذا أقر أنه عبد لا يصدق على ابطال شئ كان فعله الا النكاح لانه لما أقر بالرق فقد زعم ان النكاح لم يصح لعدم اذن من يزعم أنه مولاه فيجب أن يؤاخذ بزعمه بخلاف المرأة لو أقرت بالرق لا يبطل نكاحها اهـ (قوله وان وجد معه مال فهوله) اعتبارا للظاهر وأورد عليه انه يكفى للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا قلنا يدفع بهذا الظاهر دعوى الغير ثم الظاهر أن تكون الاملاك فى يد الملاك وكذا الظاهر يدل على أن من وضعه معه انما وضعه لينفق عليه أطلقه فشمل ما اذا كان المال مشدودا عليه أو دابة هو مشدود عليها وان وجد اللقيط على دابة فهى له وحكى أن لقيطة وجدت ببغداد وعند صدرها رق منشور فيه هذه بنت شقى وشقية بنت الطاهجة والقلبة ومعها ألف دينار جعفرية يشترى بها جارية هندية وهذا جزاء من لم يزوج بنته وهى كبيرة وفى رواية وهى صغيرة كذا فى الجوهرة وفيها لو كان المال موضوعا بقربه لم يحكموا له به ويكون لقطة اهـ ولا يخفى أن الدراهم والدنانير الموضوعة عليه له لدخولها تحت قولهم معه مال وينبغى أن تكون الدراهم التى فوق فراشه أو تحته له كلباسه ومهاده ودثاره بخلاف ما اذا كان مدفونا تحته ولم أره كما لم أر حكم ما اذا وجد فى دار فيها وحده أو بستان هل يكونان له وصرح فى روض الشافعية بان الدار له وفى البستان وجهان ولم يذكر المصنف انفاق الملتقط عليه من ماله قال فى الهداية ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضى لانه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير أمر القاضى لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق اهـ وكذا الغير الواجد بامر القاضى والقول قوله فى نفقة

وان وجد معه مال فهوله

(قوله هل يكونان له) قال فى النهر بعد ما مر عن الجوهرة من أنه لو كان المال بقربه لا يكون له وبه عرف أن الدار التى هو فيها وكذا البستان لا يكون له بالاولى

مثله وينبغي أن يشترط اذن القاضي ان أمكن والا يكفي الاشهاد (قوله ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة) أما النكاح فلانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة وأما تصرفه في ماله بالبيع وغيره فبالقياس على الام لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة فلابد من اجتماعهما والموجود في كل واحد منهما أحدهما وأما الاجارة ففيها روايتان فرواية القدوري أنه يؤجره وفي رواية الجامع الصغير أنه لا يجوز أن يؤجره كذا ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول أنه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام فانها تملك الاستخدام فتملك الاجارة وقدمنا ان ولاية التصرف عليه في ماله ونفسه للسلطان وأنه لو جعل الولاية للملتقط جاز وفي منظومة ابن وهبان لو قرر القاضي ولاءه للملتقط صح التقرير (قوله ويسلمه في حرفة) لانه من باب تثقيفه وحفظ ماله والحرفة الصنعة والتثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب كذا في النهاية (قوله ويقبض هبته) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها ولم يذكر ختانه قال في الخانية فليس له أن يختنه فان فعل ذلك وهلك كان ضامنا اه وفي الذخيرة لو أمر الملتقط الختان فختنه ضمن الملتقط لانه ليس له ولاية ختانه فصار بهذا الامر جانيا ولا يضمن الختان قبل هذا اذا لم يعلم الختان بكونه ملتقطا فان علم ضمن اه وقدمنا انه له ولاية نقله الى حيث شاء وينبغي ان ليس له نقله من مصر الى قرية أو بادية والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب اللقطة ﴾

وجه تأخيرها ظاهر قال في القاموس لقطه أخذه من الارض فهو ملقوط واللقطة محركة كهمزة ما التقط اه وفي المغرب اللقطة الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه قال الازهري ولم أسمع اللقطة بالسكون لغير الليث اه وفي فتح القدير هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة للكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهمزة للذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى أخذه لمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضا محمول على هذا يعني يطلق الالتقاط على المال أيضا اه ولم يذكر أكثر الشارحين تعريفها اصطلاحا وعرفها في التتارخانية معزيا الى المضمرات بانها مال يوجد ولا يعرف له مالك وليس بمباح اه فخرج ما عرف مالكه فانه امانة لا لقطة ولان حكمها التعريف وهذا لا يعرف بل يدفع الى مالكه وخرج بالاخير مال الحربي لكن يرد عليه ما كان محرزا بمكان أو حافظ فانه ليس لقطة وهو داخل في التعريف فالاولى أن يقال هي مال معصوم معرض للضياع وعرفها في المحيط بانها رفع شيء ضائع للحفظ على الغير لا للتمليك وجعل عدم الحافظ لها من شرائطها ثم قال في آخر الباب أخذ الثوب من السكران الواقع النائم على الارض ليحفظه فهلك في يده لا ضمان عليه لانه متاع ضائع كاللقطة وان كان الثوب تحت رأسه أو كانت دراهمه في كمه فأخذها ليحفظها فهو ضامن لانه ليس بضائع لانه محفوظ بمالكه اه والكلام فيها في مواضع في الالتقاط والملتقط واللقطة أما الاول ولم يذكره المصنف للاختلاف فيه ففي الخلاصة فان خاف ضياعها يفترض الرفع وان لم يخف يباح رفعها أجمع العلماء عليه والافضل

ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة ويسلمه في حرفة ويقبض له هبته

﴿ كتاب اللقطة ﴾

(قوله وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤجره) قال القهستاني في شرح النقاية أي ليأخذ الاجرة لنفسه اعتبارا بالعم بخلاف الام فان لها اجارته اه وفي حاشية أبي السعود الذي يظهر حمل المنع من اجارته على ما اذا أجره الملتقط لتكون الاجرة لنفسه فلا ينافي ما ذكره القدوري لحمله على ما اذا كانت الاجرة للقيط وما سبق عن القهستاني يشير الى ذلك وكذا تعليلهم المنع باتلاف المنافع يشير اليه أيضا فلا خلاف في الحقيقة اه فليتأمل وليراجع ما ذكره القهستاني

﴿ كتاب اللقطة ﴾

(قوله لكن يرد عليه ما كان محرزا الخ) قال في النهر الحرز بالمكان ونحوه خرج بقوله يوجد أي في الارض ضائعا اذ لا يقال في المحرز ذلك على انه في المحيط جعل عدم الاحراز من شرائطها

الرفع في ظاهر المذهب اهـ وأقره عليه في فتح القدير وفي البدائع انه مندوب الاخذ ومباحه
وحرامه فالاول أن يخاف عليها الضياع لو تركها لانه احياء لمال المسلم فكان مستحبا وقال الشافعي
اذا خاف الضياع وجب أخذها والاستحب لان الترك عند الخوف تضييع والتضييع حرام
وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل امتناع عن حفظ غير ملتزم وهو ليس بتضييع
كالامتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الاباحة فان لا يخاف الضياع وأما حالة الحرمة فهو ان
يأخذها لنفسه لا لصاحبها فتكون في معنى الغصب اهـ فقد علمت ان ما في الخلاصة ليس
مذهبنا وفي المحيط ان الاخذ مندوب ان أمن على نفسه التعريف والرد على صاحبها وان خاف
الضياع فعليه ان يأخذها صيانة لحق المسلم لان لماله حرمة كالنفسه وان كان لا يأمن على نفسه
فالترك أولى اهـ وهو موافق لما في الخلاصة ومثله في المجتبى وأشار في الهداية الى التبرى منه بقوله وهو
واجب اذا خاف الضياع على ما قالوا ولم أر حكم ما اذا ضاعت بعد ما خاف الضياع ولم يلتقطها ومقتضى
القول بافتراض رفعها الضمان لو لم يرفع وضاعت لكن في جامع الفصولين في الفصل الثالث
والثلاثين لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه برئ ولو أخذه ثم تركه ضمن لو مالكه غائبا لا لو
حاضرا وكذا لو رأى ما وقع من كم رجل اهـ فهذا يدل على عدم الافتراض الا ان يقال ان فائدة
الافتراض الاثم بالترك لا الضمان في الدنيا بدليل انهم قالوا لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت
يأثم ولا يضمن وأما الملتقط فلم أر من بين شرائطه ولا يشترط بلوغه بدليل ما في المجتبى التعريف الى
ولي الصبي والوارث اهـ فدل على صحة التقاطه وأما حرية الملتقط فليست بشرط لان للعبد يدا
صحيحة بدليل قولهم كما في البزازية من الوديعة ليس للمالك ان يأخذ وديعة عبده مأذونا أم لا ما لم
يحضر ويظهر انه من كسبه لاحتمال ان تكون وديعة الغير في يد العبد فان برهن انه للعبد تدفع
اليه اهـ لكن قدمنا انه لو التقط لقطا فقال المولى هو عبدي وقال العبد التقطته فان محجورا
فالقول للمولى وان مأذونا فللعبد ولم أر حكم اللقطة اذا تنازعا فيها وينبغي ان يكون كذلك ولم أر حكم
تعريف لقطته هل اليه أو الى مولاه واذا عرفت فهل يتملكها المولى ان كان فقيرا وهل يتوقف
الالتقاط على اذن المولى وهل الاذن في التجارة اذن في الالتقاط وهل المكاتب كالحر أو العبد فيه
ثم رأيت في الكافي للحاكم عن أبي سعيد مولى أبي رشيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرة وأنا
مكاتب قال فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعمل بها وعرفها قال فعملت بها
حتى أديت مكاتبتي ثم أتيته فأخبرته فقال ادفعها الى خزائن بيت المال اهـ وسيأتي ان العبد
لو رد الآبق فالجعل لمولاه فينبغي ان يكون أهلا للالتقاط وان المولى يعرفها ثم يتملكها ان كان
فقيرا وأما اسلام الملتقط فليس بشرط بدليل ما في الكافي للحاكم لو أقام مدعيها شهودا كفارا على
ملتقط كافر قبلت اهـ فدل على صحة التقاط الكافر وعلى هذا تثبت الاحكام من التعريف
والتصدق بعده أو الانتفاع ولم أره صريحا ولم أر حكم التقاط المرتد لقيطا أو لقطة والظاهر ان مشايخنا
انما لم يقيدوا الملتقط بشيء لاطلاقه عندنا ولم يذكر المصنف ان الملتقط أحق بامساكها من غيره

(قوله فقد علمت ان ما في الخلاصة ليس مذهبنا) قال في النهر ما في البدائع شاذ وما في الخلاصة جرى عليه في المحيط والتاتارخانية والاختيار وارتضاه في الفتح وقيده في السراجية بان يأمن على نفسه ردها (قوله ولم أر حكم ما اذا ضاعت بعد ما خاف الضياع الخ) أقول ذكر في الخانية ما هو كالصريح في عدم ضمانه في الصورة المذكورة حيث قال رجل التقط لقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذي وجدها فيه ذكر في الكتاب انه يبرأ عن الضمان ولم يفصل بين ما اذا تحول عن ذلك المكان ثم أعادها اليه وبين ما اذا أعادها قبل أن يتحول قال أبو جعفر انما يبرأ اذا أعادها قبل التحول أما اذا أعادها بعد ما تحول يكون ضامنا واليه أشار الحاكم الشهيد في المختصر هذا اذا أخذ اللقطة ليعرفها فان كان أخذها ليأكلها لم يبرأ عن الضمان ما لم يدفع الى صاحبها لانه اذا أخذ ليأكلها يصير غاصبا والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك من كل وجه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان وهو كما لو كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها على قول أبي يوسف يكون ضامنا وعلى قول زفر لا يكون اهـ وتمامه فيها وسيذكره الشارح أيضا وهو باطلاقه يشمل ما اذا خاف ضياعها بعد الرد وذكر
واذا لم يضمن حينئذ بعد رفعها فكيف قبله تأمل (قوله بدليل قولهم كما في البزازية الخ) قال الحموي ولا حاجة الى هذا فقد قال في البناية ولو التقط العبد شيئا بغير اذن مولاه يجوز عنده وعند مالك وأحمد والشافعي في قول اهـ قاله أبو السعود

وذكر فى اللقيط انه ليس لاحد أخذه منه وفى الولوالجية رجل التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها فى يد رجل فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل فرق بينها وبين الوديعة والفرق ان الثانى فى أخذ اللقطة كالاول وليس الثانى فى أخذ الوديعة كالاول ولو التقط الرجل لقيطا فأخذه منه رجل ثم اختصما فيه فالاول أحق به لان الاول صار أحق بامساكه بحكم اليد لانه ليس له مستحق آخر بحسب الظاهر لانه لو كان له مستحق لما وجد مطروحا من حيث الظاهر ولا كذلك اللقطة لان لها مستحقا آخر من حيث الظاهر فلا يثبت الاستحقاق لصاحب اليد الاول فكان الثانى فى اثبات اليد كالاول اهـ فقد علمت ان الملتقط ليس أحق بها وهو مشكل لو انتزعها انسان منه غصبا فانه يثبت للاول حق ان يتملكها بعد التعريف لو كان فقيرا فكيف يبطله الثانى نعم لو ضاعت من الاول والتقطها آخر فان الاول لا يخاصمه لانها لقطة للثانى والاول لا يملك الخصومة ولا يقال ان كلامهم فيما اذا ضاعت لانا نقول قد بينا انهما مسئلتان الاولى فيما اذا ضاعت وفرقوا بينها وبين الوديعة الثانية فيما اذا أخذها رجل منه وفرقوا بينها وبين اللقيط وأما اللقطة فلا فرق عندنا بين لقطة ولقطة كما أفاده بقوله وصح التقاط البهيمة ولا فرق بين مكان ومكان كما أفاده بقوله (لقطة الحل والحرم أمانة ان أخذها ليردها على ربها وأشهد) لاطلاق قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة وأما قوله عليه السلام فى الحرم ولا تحل لقطته الا لمنشدها فتأويله انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا وأما كونها أمانة فلان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند العامة فيد باخذها ليردها لانه لو أقر انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع ولو تصادقا على انه أخذها للمالك فلا ضمان اجماعا لان تصادقهما حجة فى حقهما كالبينة وبه علم ان الاشهاد انما هو شرط عند الاختلاف بان قال الملتقط أخذته للمالك وكذبه المالك فانه ضامن عندهما وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر معارض بمثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ورجح فى الحاوى القدسى قول أبى يوسف قال وبه نأخذ اهـ ويكفيه فى الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس كذا فى الهداية وفى الينابيع ذكر فى بعض الكتب قول محمد مع أبى حنيفة والاصح انه مع أبى يوسف اهـ ويكفيه فى الاشهاد أيضا ان يقول عندى لقطة كما فى شرح الطحاوى ولا يشترط التصريح بكونه لقطة لانه لو قال عندى شئ فمن سمعتموه يسأل فدلوه على كفاه كما فى الولوالجية ومحل اشتراط الاشهاد عند الامكان فلو لم يجد من يشهده عند الرفع أو خاف انه لو أشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يضمن كذا فى الخانية وفى فتح القدير والقول قوله مع يمينه كونى منعنى من الاشهاد كذا فى الخانية فان وجد من يشهده فجاوزه ضمن وفى القنية وجد الصبى لقطة ولم يشهد يضمن كالبالغ اهـ وهذا يدل على ما قدمناه من صحة التقاطه وفى الولوالجية محل الاختلاف فيما اذا اتفقا على كونها لقطة لكن اختلفا هل التقطها للمالك أولا أما اذا اختلفا فى كونها لقطة فقال صاحب المال أخذتها غصبا وقال الملتقط لقطة وقد أخذتها للمالك فالملتقط ضامن بالاجماع اهـ ولم يذكر المصنف حكم ما اذا ردها الى مكانها وفى الولوالجية وغيرها واذا أخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم أعادها فى المكان الذى أخذها منه فقد برئ

لقطة الحل والحرم أمانة ان أخذها ليردها على ربها واشهد

(قوله فقد علمت ان الملتقط ليس أحق بها) قال فى النهر بعد ذكر ما فى الولوالجية لكن فى السراج الصحيح ان له الخصومة لان يده أحق

عن الضمان هـذا اذا أعاده اقبل ان يتحول عن ذلك المكان أما اذا أعادها بعدما تحول يضمن ولو كانت دابة فركبها ثم نزل عنها فتركها في مكانها على قول أبي يوسف هو ضامن وعلى قول زفر لا وكذا اذا أخذ الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده الى أصبعه بعدما انتبه ولو أعاده قبل ان ينتبه من تلك النومة برئ عن الضمان اتفاقا اهـ والتفصيل المذكور خلاف ظاهر الرواية فانها عدم الضمان مطلقا وهو الوجه كما في فتح القدير ورجحه في البدائع أيضا وأطلق في الاشهاد فانصرف الى من تقبل شهادته وهو عدلان ولذا قال في فتح القدير وظاهر المبسوط اشتراط عدلين اهـ (قوله وعرف الى ان علم ان ربها لا يطلبها) معطوف على أشهد فظاهره ان التعريف شرط أيضا وان الاشهاد لا يكفي لنفي الضمان وهكذا شرط في المحيط لنفي الضمان الاشهاد واشاعة التعريف وحكى في الظهيرية فيه اختلافا فقال قال الحلواني أدنى ما يكون من التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول آخذها لاردها فان فعل ذلك ثم لم يعرفها بعد ذلك كفى ومن المشايخ من قال يأتي على أبواب المساجد وينادي اهـ وفي فتح القدير وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف انه أخذها ليردها لا لنفسه اهـ وهو غير صحيح لان الاشهاد لا بد منه على قول الامام عند الاخذ باتفاق المشايخ وانما اختلفوا هل يكفي هذا الاشهاد عند الاخذ عن التعريف بعده أولا ولم يقل أحد ان التعريف بعد الاخذ يكفي عن الاشهاد وقت الاخذ فليتأمل ولم يجعل للتعريف مدة اتباعا لشمس الائمة السرخسي فانه بنى الحكم على غالب الرأي فيعرف القليل والكثير الى ان يغلب على رأيه ان صاحبه لا يطلبه بعد ذلك وصححه في الهداية وقال في البزازية والجوهرة وعليه الفتوى وهو خلاف ظاهر الرواية فانه التقدير بالحول في القليل والكثير كما ذكره الاسبيجابي وفي الظهيرية ثم على قول من قدر بحول اختلف فيه قيل يعرفها كل جمعة وقيل كل شهر وقيل كل ستة اشهر قال السرخسي حكي ان بعض العلماء ببلخ وجد لقطة وكان محتاجا اليها وقد قال في نفسه لا بد من تعريفها ولو عرفها في المصر ربما ظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى الى رأس بئر فدلى رأسه في البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعتموه ينشد ذلك فدلوه علي وبجنب البئر رجل يرقع شملته وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى أخذها منه ليعلم ان المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي له أن يترك ما لزمه شرعا وهو اظهار التعريف قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يكثر همك ما يقدر يكون وما ترزق يأتيك اهـ وهو حط من هذا الملتقط لان هذا ليس بتعريف اتفاقا قال في الجوهرة ثم التعريف انما يكون جهرا في الاسواق وفي أبواب المساجد وفي الموضع الذي وجدها فيه وفي الجامع وان كانت شيأ لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به اهـ كذا في الهداية وان وجد اللقطة رجلان عرفاها جميعا واشتركا في حكمها اهـ وقدمنا ان الملتقط اذا كان صبيا عرفها وليه زاد في القنية أو وصيه ثم له ان يتصدق بها وسكت عن حكم تمليكها للصبي لو كان فقيرا لانه يعلم بالاولى وينبغي أن لا تجوز الصدقة بها من وليه أو وصيه لما في ذلك من الاضرار على احتمال ان لا يجيز مالكها اذا حضر والعين هالكة من يد الفقير فانه يضمنها من مال الصبي وليس في امساكها أو تمليكها ضرر ثم رأيت بعد ذلك في شرح منظومة ابن وهبان للمصنف انه قال ينبغي على قول أصحابنا اذا تصدق بها الاب أو الوصي ثم ظهر صاحب اللقطة وضمنها أن يكون الضمان في مالهما دون الصبي اهـ واذا صح هذا البحث فلا اشكال في جواز تصدقهما حينئذ وفي القاموس التعريف الاعلام وفي التتارخانية قال أرأيت ان له أن يأمر غيره ويعطيها حتى يعرفها يريد اذا عجز عن التعريف بنفسه اهـ فافاد جواز الاستنابة

وعرف الى ان علم ان ربها لا يطلبها

فى التعريف لكن فى الحاوى القدسى لودفعها الى غيره بغير اذن القاضى ضمن اه وأطلق المصنف فى تعريفها وهو مقيد بما فى الهداية فان كانت اللقطة شيأ يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفى البزازية لو وجدها مالكها فى يده له أخذها الا اذا قال عند الرمى من أخذها فهى له لقوم معلومين ولم يذكر السرخسى هذا التفصيل وكذا الحكم فى التقاط السنابل لكن أخذه بعد جمع غيره بعد دناءة وأطلق فى الهداية فى النواة وقشور الرمان وقيده فى البزازية بان يكون فى مواضع متفرقة قال اما المجتمعة فهى من قبيل ما يطلبه صاحبه فيحفظه وان وجد جوزة ثم وثم حتى بلغ المتقوم ان مجتمعا فهو من الثانى وان متفرقا له قيمة اختلفوا قيل من الاول وقيل من الثانى وهو الاحوط وذكر فى الفتاوى المختار انه من النوع الاول التفاح والكمثرى ان وجد فى الماء يجوز أخذه وان كثيرا لانه يفسد بالماء والحطب فى الماء ان لم يكن له قيمة يأخذه وان له قيمة فهو لقطة وجعل فى الفتاوى الحطب كالتفاح بالماء أصابوا بعيرا مذبوحا فى البادية قريبا من الماء ووقع فى ظنه ان مالكه أباحه لا بأس بالاخذ والاكل وعن الثانى لو طرح ميتة فجاء آخر وأخذ صوفها له الانتفاع به ولو جاء مالكها له ان يأخذ الصوف منه ولو سلخها ودبغ الجلد يأخذه المالك ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه اه وفى المحيط أناخ رجل ابله فى دار رجل يؤاجرها واجتمع من ذلك بعر كثير فان كان من رأى صاحب الدار ان يجمع ذلك له فهو له لانه أعد الدار للاحراز وان لم يكن من رأيه أن يجمعه بل يترك ذلك على حاله فهو مباح فكل من أخذه فهو أولى ولو سيب دابته فاخذها انسان فاصلحها ثم جاء صاحبها فان كان قال عند التسييب جعلتها لمن أخذها فلا سبيل لصاحبها عليها لانه أباح التمليك وان لم يقل ذلك له ان يأخذها وكذلك من أرسل صيده هكذا اختاره بعض مشايخنا فان اختلفا فالقول قول صاحبها مع يمينه انه لم يقل هى لمن أخذها لانه ينكر اباحة التملك وان برهن الآخذ أو نكل المالك عن اليمين سلمت للآخذ وذكر الفقيه أبو الليث فى نوازله اذا اجتمع للدهانين ما يقطر من الاوعية فى انائه فان كان يسيل من خارج الاوعية يطيب له لانه ليس للمشترى لان ما انفصل عنها لا يدخل البيع وان سال من الداخل أو من الداخل والخارج جميعا أو لا يعلم ينظر ان زاد الدهان من عنده لكل واحد من المشترين طاب له وان لم يزد لا يطيب له ويتصدق به الا أن يكون محتاجا لان سبيله سبيل اللقطة اه وفى التتارخانية سأل رجل عطاء عن رجل بات فى المسجد واستيقظ وفى يده صرة فيها دنانير قال ان الذى صرها فى يدك لم يصرها الا وهو يريد أن يجعلها لك اه وفى الظهيرية ومن أخذ بازيا أو شبهه فى مصر أو سواد وفى رجليه سير أو جلاجل فعليه أن يعرفه للتيقن بثبوت يد الغير عليه قبله وكذا لو أخذ ظبيا وفى عنقه قلادة أو حمامة فى المصر يعرف ان مثلها لا يكون وحشية بان كانت مسرولة فعليه ان يعرفها اه (قوله ثم تصدق) أى ان لم يجئ صاحبها فله ان يتصدق بها على الفقراء ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها او بايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وسيأتى ان له أن ينتفع بها وعلم انه مخير بينهما وسكت عن امساكها ولو له ذلك رجاء الظفر بصاحبها كما فى الهداية وعن دفعها للامام قال فى الخلاصة يرفع الامر الى الامام والامام بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل فان قبل ان شاء عجل صدقتها وان شاء أقرضها من رجل ملىء وان شاء دفعها مضاربة وان شاء ردها على الملتقط ثم هو بالخيار ان شاء أدام الحفظ وان شاء تصدق على أن يكون

(قوله فافاد جواز الاستنابة فى التعريف الخ) قال القهستانى عند قوله وعرفت وفى لفظ المجهول اشعار بانه لو عرفها غيره بامره جاز اذا عجز كما فى الذخيرة وجاز دفعها الى أمين وله استردادها منه وان هلكت فى يده لم يضمن كما فى المنية (قوله ولو سيب دابته الخ) قال فى التاتارخانية ولو ان رجلا تاقت عليه دابته ولا قيمة لها من الهزال ولم يقل وقت الترك فلي أخذه من شاء فاخذها رجل وأصلحها فالقياس أن يكون لآخذها كقشور الرمان المطروحة وفى الاستحسان تكون لصاحبها قال محمد لانا لو جوزنا ذلك فى الحيوان وجعلناه للاخذ لجوزنا فى الجارية والعبد ترمى فى الارض مريضة لا قيمة لها فيأخذه رجل وينفق عليه حتى يصير ملكا له فيطأ الجارية ويجد ذلك من غير شراء ولا هبة ولا ارث ولا صدقة ويصح اعتاق الغلام من غير أن يملكه المالك وهذا أمر قبيح اه وبه علم حكم ما ذكره الرملى مما كثر

الثواب لصاحبها وان شاء باعها ان لم تكن دراهم أو دنانير وأمسك ثمنها ثم بعد ذلك ان حضر المالك فانه ليس له نقض البيع ان كان البيع بأمر القاضي وان باع بغير أمر القاضي وهي قائمة فان شاء أجاز البيع وأخذ الثمن وان شاء أبطل البيع وأخذ عين ماله وان هلكت ان شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ وذكر الامام السرخسي ان المودع اذا باع الوديعة وهلكت وضمنه المالك فهو كالملتقط اهـ وفي الذخيرة والحاصل ان الامام يصير ناظرا فيفعل ما يراه أصلح في حق صاحب اللقطة اهـ وفي الحاوي الدفع بعد الاشهاد الى القاضي أجود ليفعل القاضي الاصلح وفي المجتبى والتصدق بيده في زماننا أولى من الدفع الى الحاكم وقدمر في كتاب التوبة لقاضي القضاة عبد الجبار المتكلم ان الواجب فيها ان يتصدق بنفسه ولا يلقيه في يد غيره لانه لا يعلم هل يؤديها الى مستحقها أولا اهـ وقيدنا بالتصدق على الفقراء لما في الهداية انه لا يتصدق باللقطة على غني زاد في الحاوي ولا مملوك غني ولا ولد غني صغير واستثنى من التصدق باللقطة ما اذا عرف انها لذمي فلا يتصدق بها وكانت في بيت المال النوائب كذا في التتارخانية وفي القنية وما يتصدق به الملتقط بعد التعريف وعلم ظنه انه لا يوجد صاحبه لا ايصاؤه وان كان يرجو وجود المالك وجب الايصاء اهـ واذا أمسكها وخشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في الميراث ثم الورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر انهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك ان قصدهم تعميتها ويجري فيهم خلاف أبي يوسف كذا في فتح القدير وقد يقال ان التعريف غير واجب حيث عرفها الملتقط (قوله فان جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط) أي ان جاء مالكها بعد تصدق الملتقط خير بين امضاء الصدقة والثواب له وبين تضمين الملتقط لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته أطلق في التنفيذ فشمل ما بعد هلاك العين لان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي فانه يشترط لصحة اجازته قيام العين لثبوت الملك بعد الاجازة فيه وأما تضمين الملتقط فلكونه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وأطلق فيه فشمل ما اذا كان التصدق بأمر القاضي وهو الصحيح لان أمره لا يكون أعلى من فعله والقاضي لو تصدق بها كان له أن يضمنه فكذا له أن يضمن من أمره القاضي ولذا أطلق المصنف في الملتقط فشمل القاضي ولذا قال في الذخيرة واذا مال القاضي أو الامام الى التصدق وتصدق كان في ذلك كواحد من الرعايا وهذا لان التصدق بها غير داخل في ولاية الامام والقاضي لانه تصدق بمال الغير بغير اذنه اهـ وهو شامل لما اذا كانا ملتقطين أو التقط غيرهما ودفعها اليهما ولم يذكر المصنف تضمين المسكين قالوا انه مخير ان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن المسكين وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه فان ضمن الملتقط ملكها الملتقط من وقت الاخذ ويكون الثواب له وان كانت العين قائمة أخذها من يد الفقير كذا في الخانية وبه علم ان الثواب موقوف ولم يذكر المصنف ان للملتقط شيأ اذا ردها الى صاحبها لما في الولوالجية ولو التقط لقطة أو وجد ضالة أو صبيا حرا ضالا فرده على أهله لم يكن له جعل وان عوضه شيأ فحسن اهـ وفي التتارخانية لو قال من وجده فله كذا فأتى به انسان يستحق أجر مثله اهـ وعلله في المحيط بانها اجارة فاسدة وعزاه الى الكرخي لكن فيه نظر لانه لا قبول لهذه الاجارة فلا اجارة أصلا وفي القاموس الرب باللام لا يطلق لغير الله تعالى وأما

(قوله فان جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط)

السؤال عنه وهو وان احتاج وغيره اذا أعيا بعيره تركه فأخذه غيره حتى عاد بحاله (قوله وفي المجتبى والتصدق بيده في زماننا أولى) قال في النهر وينبغي أن يفصل في القاضي ان غلب على ظنه ورعه وعدم طمعه رفع الامر اليه والا لا (قوله لكن فيه نظر لانه لا قبول الخ) قال المقدسي يحمل على أنه قال بجمع حضر فذهب بعضهم للنظر وتحصيلها فهذا قبول منه كما ذكروا في الوكالة لو وكله فباع كان قبولا اهـ قلت في اجارات الولوالجية رجل ضاع له شئ فقال من دلني عليه فله كذا فالاجارة باطلة لان المستأجر له ليس معلوما والدلالة والاشارة ليستا بعمل يستحق به الاجر فلا يجب الاجر وان قال ذلك على سبيل الخصوص بان قال لرجل بعينه ان دللتني عليه فلك كذا ان مشى له ودله يجب أجر المثل في المشي لان ذلك عمل يستحق بعقد الاجارة الا انه غير مقدر بقدر فيجب أجر المثل وان دله بغير

بالاضافة فالمالك الشئ ومستحقه أوصاحبه وأنفذ الامر قضاه والنافذ الماضي في جميع أموره (قوله وصح التقاط البهيمة) أى ندب التقاطها الانها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس وأما ما في الصحيح حين سئل عن ضالة الابل قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتاكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها فاجاب عنه في المبسوط بان ذلك كان اذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها وأما في زماننا فلا يامن من وصول يد خائنة اليها بعده ففي أخذها احياؤها وانما فسرنا الصحة بالندب لان خلاف الائمة الثلاثة انما هو في ندب التقاطها فانهم قالوا تركها أفضل لا انهم قالوا بعدم الجواز وانما يكون مندوبا عندنا اذا لم يخف الضياع والا لم يسعه تركه كذا في الولوالجية قال ولا فرق عندنا بين أن تكون البهيمة في القرية أو في الصحراء ومحل الاختلاف الثاني والحذاء النعل والسقاء القربة والمراد به هنا مشافرها وبالاول قراسنها كذا في الظهيرية وفي التتارخانية وان كان مع اللقطة ما يدفع به عن نفسه كالقرن للبقرة وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه يقضي بكراهة الاخذ اه وبه علم ان التقاط البهيمة على ثلاثة أوجه لكن ظاهر الهداية ان صورة الكراهة انما هي عند الشافعي لا عندنا وفي القاموس البهيمة كل ذات أربع ولو في الماء أو كل حي لا يميز والجمع بهائم اه فشمل الدواب والطيور والابل والبقر والغنم والدجاج والحمام الاهلي كما في الحاوي وفيه ومن رأى دابة في غير عمارة أو برية لا ياخذها ما لم يغلب على ظنه انها ضالة بان كانت في موضع لم يكن بقربه بدو ولا شعر ولا قافلة نازلة أو دواب في مرعاها اه فلو وصف المصنف البهيمة بالضالة لكان أولى (قوله وهو متبرع في الانفاق على اللقيط واللقطة) أى الملتقط لقصور ولايته فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره قيد بالملتقط لان الوصي لو أنفق عليه من ماله ومال اليتيم غائب فهو متطوع الا أن يشهد انه قرض عليه أو انه يرجع ولو اشترى له الوصي طعاما أو كسوة بشهادة شهود يرجع ولو اشترى ثوبا أو خادما لولده ونقد ثمنه من مال نفسه لا يرجع الا أن يشهد انه شراه له ليرجع كذا في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين وقيد حكم قضاء مديون الميت دينه بغير أمر وصيه وقضاء المودع دين مودعه بلا أمر وقضاء الوكيل بالبيع عن المشتري الثمن لموكله بلا أمره (قوله وباذن القاضي يكون دينا) لان للقاضي ولاية في مال الغائب وعلى اللقيط نظرا لهما وقد يكون النظر بالانفاق وصورة اذن القاضي أن يقول له أنفق على ان ترجع فلو أمره به ولم يقل على ان ترجع لا يكون دينا وهو الاصح لان الامر متردد بين الحسبة والرجوع فلا يكون دينا بالشك وعبارة المجمع أحسن وهي فان أنفق الملتقط كان متبرعا الا أن ياذن له القاضي بشرط الرجوع أو يصدقه اللقيط اذا بلغ اه وينبغي أن يكون معنى التصديق تصديقه انه أنفق عليه بامر القاضي على ان يرجع لا تصديقه على الانفاق لانه لو كان بلا أمر القاضي لا رجوع عليه له فتصديقه وعدمه سواء وفي شرحه لابن الملك خلافه فانه قال يعني اذا لم يامر القاضي بانفاقه فصدقه اللقيط بعد البلوغ انه أنفقه للرجوع عليه فله الرجوع عليه لاقراره بحقه اه ولو صح هذا لزم أن يقال في الجواب فهو متبرع الا أن يشهد انه أنفق ليرجع أو يصدقه على ذلك وحينئذ لا اعتبار بامر القاضي وهم قد اتفقوا على انه لا بد من اذن القاضي لعدم ولاية الملتقط فلا يكفيه الاشهاد بخلاف الوصي لو أنفق من ماله وأشهد يرجع كما قدمناه لان له ولاية في مال اليتيم ولم أر من نبه على هذا المحل لكني فهمته مما نقلته عن الخانية في باب اللقيط عند قوله ونفقته في بيت المال ولم يبين المصنف المديون لتعدده ففي اللقطة صاحبها وفي

وصح التقاط البهيمة وهو متبرع في الانفاق على اللقيط واللقطة وباذن القاضي يكون دينا

مثى فهو والاول سواء اه (قوله وانما فسرنا الصحة بالندب) قال في النهر بعد أن فسر الصحة بالجواز وأنت خبير بان استعمال لفظ الصحة بمعنى المندوب مما لا يعرف في كلامهم وعلى ما قررنا جرى الشارح العيني اه قلت لا يخفى ان الصحة تجامع الاباحة والندب وغيرهما فلما كانت كذلك بين المؤلف أن المراد منها هنا الندب لما قاله ولا يتوهم أن المراد تفسيره معنى الصحة بما ذكره تفسيرا لغويا أو عرفيا (قوله فلو وصف المصنف البهيمة بالضالة لكان أولى) قال في النهر وعندي أن لفظ الالتقاط يغني عنه (قوله وأشهد يرجع) أى وان فقد اذن القاضي

اللقيط الا ان ظهر له أب واللقيط بعد بلوغه ان لم يظهر له أب كما في الظهيرية ومالكه ان ظهر له سيد باقراره كما في الحاوي والعجب من الشارح انه جعله صاحبها وسها عن اللقيط ولم يذكر المصنف اقامة البينة من الملتقط قبل اذن القاضي وشرطه في الاصل وصححه في الهداية لانه يحتمل أن يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمره في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء حتى يشترط لها خصم لكن ظاهره أنه في اللقطة وأما في اللقيط فقد قدمنا انه كذلك وصرح به في الظهيرية وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له أنفق عليها ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات وكذا لو كانت اللقطة شيأ يخاف عليه الهلاك متى لم ينفق عليه الى اقامة البينة كما في الظهيرية وقدمنا ان القاضي لو جعل ولاء اللقيط للملتقط جاز لانه قضاء في فصل مجتهد فيه فان من العلماء من قال بان الملتقط يشبه المعتق من حيث انه أحياه كالمعتق فعلى هذا لا يكون متبرعا بالانفاق بغير اذن القاضي اذا أشهد ليرجع كالوصي (قوله وان كان لها نفع أجرها وأنفق عليها) أي اللقطة والمراد الضالة البهيمة لان فيه ابقاء العين على مالكه من غير الزام الدين عليه قيد باللقطة لان العبد الآبق لا يؤجره القاضي لانه يخاف أن يأبق كذا في التبيين وفي الهداية سوى بينهما بقوله وكذلك يفعل بالعبد الآبق ولم أر حكم اللقيط اذا صار مميزا ولا مال له هل يؤجره القاضي للنفقة أولا (قوله والا باعها) أي ان لم يكن لها نفع باعها القاضي وحفظ ثمنها لصاحبها ابقاء له يعني عند تعذر ابقائه صورة وظاهر الكتاب ان القاضي يفعل أحد الامرين من الاجارة ان أمكن والا فالبيع وظاهره انه اذا لم يكن له نفع لا يأذن له في الانفاق وفي الهداية وان كان الاصلح الانفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها قالوا انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة اهـ وأفاد بقوله لا نظر الى آخره أنه لو فعل ذلك لا ينفذ من القاضي للتيقن بعدم النظر وقد فهمه المحقق ابن الهمام أيضا واذا بيعت أخذ الملتقط ما أنفق باذن القاضي ولم يذكر المصنف حكم ما اذا حضر المالك بعد البيع ولم يجزه وقدمنا عن الخلاصة أن البيع نافذ من القاضي موقوف من غيره على اجازته وبيع الملتقط باذن القاضي كبيع القاضي فلو كان عبدا باعه القاضي فلما جاء المولى قال هو مدبر او مكاتب لا يصدق في نقض البيع كذا في التتارخانية وهو مشكل لانه لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبرهن قبل كما ذكره في فتح القدير من باب الاستحقاق مصورا له في الواهب وعللوه بان التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع (قوله ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة) أي منع اللقطة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه عند الملتقط قبل حبسه ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن كما في الهداية والكافي وهو المذهب فاندفع به ما ذكره القدوري من

(قوله وفي الهداية سوى بينهما) قال في حواشي مسكين واعلم أنه اختلف في الآبق هل يؤجر كالضال أولا ففي الهداية والكافي نعم قال في الدرر ولم أجده في غيرهما بل وجدت في المحيط والبدائع والخلاصة خلافه حيث قالوا لا يجوز اجارة الآبق لاحتمال ان يأبق ووفق بحمل ما في الهداية والكافي على ما اذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لا يخاف عليه عنده وما في غيرهما على خلافه أو يحمل كلامهما على الايجار مع اعلام المستأجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ وما في غيرهما على الايجار مع جهله بحاله شرنبلالية عن المقدسي (قوله ولم أر حكم اللقيط اذا صار مميزا الخ) قال أبو السعود أقول اذا جاز للملتقط أن يؤجره لتكون الاجرة للقيط كما

وان كان لها نفع أجرها وانفق عليها والا باعها ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة

يستفاد مما سبق عن القهستاني حيث قال وليس له أن يؤجره ليأخذ الاجرة لنفسه فكذا القاضي وتعليلهم المنع باتلاف المنافع يشير الى ما ذكره القهستاني من التقييد (قوله وهو مشكل لانه لو باع الخ) قال المقدسي قلت مرادهم لا يقبل مجرد قوله وما في الفتح مقيد بالبرهان فتوافق القولان (قوله فاندفع به ما ذكره القدوري الخ) أي فان كلام الهداية والكافي يفيد أن السقوط قول أئمتنا فيندفع به قول القدوري أنه قول عدم زفر وفي الشرنبلالية قوله فان هلكت بعد حبسه سقطت لانه في معنى الرهن هكذا ذكره في الهداية وتبعه جماعة ممن صنف وليس بمذهب لاحد من علمائنا الثلاثة وانما هو قول زفر ولا يساعده الوجه قال القدوري في التقريب قال أصحابنا لو أنفق

عدم السقوط بالهلاك بعد الحبس وانما السقوط هو قول زفر وهكذا في الينابيع ولم يذكر المؤلف بيع القاضي لها بعد حضور مالكها للانفاق اذا امتنع من دفعه للملتقط قال في الحاوي فان امتنع صاحبها من أداء ما انفق بامر القاضي باعها القاضي وأعطى نفقته من ثمنها ورد عليه الباقي اه ولا فرق في منعها من ربها للانفاق بين أن يكون الملتقط انفق من ماله أو استدان بأمر القاضي ليرجع على صاحبها كما صرح به في الحاوي لكن لم أر ان للملتقط أن يحيل الدائن على صاحبها بدينه بغير رضاه وقد صرحوا في نفقة الزوجة المستدانة باذن القاضي أن المرأة تتمكن من الحوالة عليه بغير رضاه وقياسه هنا كذلك بجامع اذن القاضي بالاستدانة (قوله ولا يدفعها الى مدعيها بلا بينة) أي اللقطة لحديث البينة على المدعي ولان اليد حق مقصود حتى وجب على الغاصب الضمان بازالته فلا يزال الا ببينة ولا يستحق الا بها كالملك ولذا وجب الضمان على غاصب المدبر وفي الخانية الملتقط اذا أقر بلقطة لرجل وأقام رجل آخر البينة انها له يقضى بها لصاحب البينة فاذا أقر بها لرجل ودفعها اليه فاستهلكها ثم أقام آخر البينة انها له فان كان دفع الى الاول بقضاء أو بغير قضاء كان لصاحب البينة أن يضمن القابض لانه قبض ماله بغير أمره عن اختيار فيكون بمنزلة غاصب الغاصب واذا ضمنه صاحب البينة لا يرجع هو على المقر كغاصب الغاصب اذا ضمن لا يرجع على الغاصب وان اختار صاحب البينة تضمين الدافع فان كان الدفع بغير قضاء كان له أن يضمنه وان كان الدفع بقضاء لم يذكره في الكتاب قالوا ينبغي أن تكون المسئلة على الاختلاف على قول أبي يوسف ليس له ذلك وعلى قول محمد له ذلك اه أراد بعدم الدفع عدم لزومه لانه لو صدق مدعيها بلا بيان جاز الدفع بلا جبر وأراد بالبينة القضاء بها وفي الظهيرية فان كانت اللقطة في يد رجل مسلم فادعاها رجل فأقام البينة أو أقر الملتقط بذلك ولكن قال لا أردها عليك الا عند القاضي فله ذلك وان مات في يده عند ذلك فلا ضمان عليه اه وفي الكافي للحاكم واذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاها رجل ووصفها وأبى الذي في يده ان يعطيه الا ببينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لان الذي في يده مسلم وان كانت في يد كافر فكذلك القياس أيضا لعلها للمسلم ولكني استحسن فاقضي له فان كانت في يد مسلم وكافر لم تجز شهادة الكافر على واحد منهما في القياس ولكني استحسن أن أجيزه على ما في يد الكافر منهما اه (قوله فان بين علامتها حل الدفع بلا جبر) للحديث فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ولما قدمنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بالبينة والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها كذا في الهداية والعفاص ككتاب الوعاء فيه النفقة جلدا أو خرقة وغلاف القارورة والجلد يغطى به رأسها والوكاء ككساء رباط القربة وغيرها وقد وكاها وأوكاها وعليها وكل ما شد رأسه من وعاء ونحوه وكاء كذا في القاموس وظاهر مفهوم الشرط أنه لو لم يبين علامتها لا يحل الدفع وهو محمول على ما اذا لم يصدقه فان صدقه حل الدفع قال في فتح القدير فان صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها اليه ودفع بالفرق بان المالك هنا غير ظاهر أي المالك الآخر والمودع في مسئلة الوديعة ظاهر اه وقدمنا حكم ما اذا دفعها بلا بينة ثم اثبتها آخر وهو أعم من دفعها بالعلامة أو بالتصديق فقط ولم يذكر المصنف أخذ الكفيل عند دفعها ببيان العلامة قال في الهداية ويأخذ منه كفيلا ان كان يدفعها

ولا يدفعها الى مدعيها بلا بينة فان بين علامتها حل الدفع بلا جبر

على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة وهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل من العين ولا عن عمل منه فيها ولا بتنا ولها عقد يوجب الضمان وبهذا القيد الأخير خرج الجواب عن قياس زفر على المرتهن وهو الوجه المذكور هنا وفي الهداية والله تعالى أعلم وقال في الينابيع ولو أنفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا خلافا لزفر اه من خط الشيخ قاسم كذا بخط الشيخ على المقدسي وكتب بعده أقول ان خرج الجواب عما ذكر عن قياسه بالرهن لا يخرج الجواب عن قياسه بجعل الآبق وقد ذكره في الهداية ونص أنه اليه أقرب ويمكن أن يكون عن علمائنا فيه روايتان أو اختار قول زفر صاحب الهداية فتأمله انتهى الى هنا كلام الشرنبلالية

(قوله بان يتملكها) قال فى النهر معنى الانتفاع بها صرفها الى نفسه كما فى الفتح وهذا لا يتحقق ما بقيت فى يده لا يملكها كما توهمه فى البحر لما أنها باقية على ملك صاحبها ما لم يتصرف فيها حتى لو كانت أقل من نصاب وعنده ما تصير به نصابا حال عليه الحول تحت يده لا يجب عليه زكاة اه ومقتضاه انها لو كانت عينا فانتفع بها بلبس ونحوه لا يملكها مع أنه يصدق عليه انه صرفها الى نفسه ومراد المؤلف بالتملك الاحتراز عن الاباحة كما ينبه عليه أى ينتفع بها وهى ملكه حال الانتفاع لانه يباح له الانتفاع بها باقية على ملك صاحبها والا لم يمكن له بيعها

و ينتفع بها لو فقيرا والا تصدق على أجنبي وأبويه وزوجته وولده لو فقيرا

فليتأمل (قوله وظاهر كلامهم متونا وشروحا الخ) يخالفه ما فى متن مواهب الرحمن وينتفع بها باذن القاضى وقيل بدونه وعزا الاول فى شرحه البرهان الى الاكثر كما نقله عنه فى الشرنبلالية (قوله و ينبغى تقييد الصغير بان يكون الملتقط فقيرا) قال فى النهر هذا سهو بل المراد الكبير اذ موضوع المسئلة ما اذا كان الملتقط غنيا وله ابن فقير وهذا لا يتأتى فى الصغير فكيف يشمله الاطلاق وقدمنا أنه لا يتصدق بها على ولد غنى قال أبو السعود وقد تبعه الحموى ووجه عدم الشمول ان ابن الغنى الصغير يعد غنيا بغناء أبيه بخلاف ابنه الكبير حيث لا يعد غنيا بغناء أبيه وأقول تسهية صاحب البحر انما تتجه ان لو كان تصدق الملتقط بها على غيره ينحصر فيما لو كان غنيا مع أنه لا ينحصر اذ للفقير أن يتصدق بها أيضا كالغنى وان جاز له أن يصرفها الى نفسه لفقره فيحمل كلام البحر عليه وكون موضوع المسئلة ما اذا كان الملتقط غنيا لا يقدح فى صحته اه امرأة

النه استئنافا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف الكفيل لوارث غائب عند أبى حنيفة اه وصحح فى النهاية أنه لا يأخذ كفيلا مع اقامة الحاضر البينة والمراد ببيان العلامة بيانها مع المطابقة وقدمنا فى اللقيط أن الاصابة فى بعض العلامات لا تكفى وصرح فى التتارخانية فى التصوير بانه أصاب فى علامات اللقطة كلها فظاهره أنه شرط ولم أر حكم ما اذا بين كل من المدعيين لها علاماتها وأصابا و ينبغى أن يحل له الدفع لهما (قوله و ينتفع بها لو فقيرا والا تصدق على أجنبى ولابويه وزوجته وولده لو فقيرا) أى ينتفع الملتقط باللقطة بان يتملكها بشرط كونه فقيرا نظرا من الجانبين كما جاز الدفع الى فقير آخر وأما الغنى فلا يجوز له الانتفاع بها فان كان غير الملتقط فظاهر للحديث فان لم يجئ صاحبها فليتصدق بها والصدقة انما تكون على الفقير كالصدقة المفروضة وان كان الملتقط فكذلك وقال الشافعى يجوز لقوله عليه السلام فى حديث أبى رضى الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من الاغنياء ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما روينا أو بالاجماع فبقى ما وراءه على الاصل والغنى محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبى رضى الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه كما فى الهداية فقد أفاد ان الغنى يجوز له الانتفاع باذن الامام لكن على وجه القرض كما قيده به الزيلعى وغيره وظاهر كلامهم متونا وشروحا أن الحل للفقير بعد التعريف لا يتوقف على اذن القاضى ويخالفه ما فى الخانية فى المسئلتين فانه قال لو أراد الملتقط أن يصرفها الى نفسه بعد ما عرفها هذه المدة فهو على وجهين ان كان الملتقط غنيا لا يجوز له الانتفاع عندنا سواء فعل ذلك بامر القاضى أو بغير أمره وان كان الملتقط فقيرا ان أذن له القاضى أن ينفقها على نفسه يحل له ان ينفق ولا يحل بغير أمر القاضى عند عامة العلماء وقال بشر يحل اه وانما فسرنا الانتفاع بالتملك لانه ليس المراد الانتفاع بدونه كالاباحة ولذا ملك بيعها وصرف الثمن الى نفسه كما فى الخانية أطلق فى عدم الانتفاع للغنى فشمل القرض ولذا قال فى فتح القدير وليس للملتقط اذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا اه وأطلق فى ولده فشمل الصغير والحاصل ان أقارب الملتقط وأصوله وفروعه وزوجته كالاجنبى لان الجواز للفقر وهو موجود فى الكل و ينبغى تقييد الصغير بان يكون الملتقط فقيرا لان الولد يعد غنيا بغناء أبيه كما قدمناه فى الزكاة ولم يذكر المصنف حكم ما اذا انتفع بها الملتقط ثم حضر المالك لانه معلوم من حكم ما اذا تصدق بها الملتقط ثم حضر المالك بالاولى فله أن يجيز وان يضمن وفى الخانية رجل وجد عرض لقطة فعرفها ولم يجد صاحبها وهو فقير ثم انفق على نفسه ثم أصاب مالا قالوا لا يجب عليه أن يتصدق على الفقراء بمثل ما انفق على نفسه زاد فى الولوالجية وهو المختار وافاد الاختلاف وفى الخانية

امرأة وضعت ملاءتها وجاءت امرأة أخرى ووضعت ملاءتها ثم جاءت الاولى وأخذت ملاءة الثانية وذهبت لا ينبغي للثانية أن تنتفع بملاءة الاولى لانه انتفاع بملك الغير فان أرادت أن تنتفع بها قالوا ينبغي أن تتصدق هي بهذه الملاءة على ابنتها ان كانت فقيرة على نية أن يكون ثواب الصدقة لصاحبتها ان رضيت ثم تهب الابنة الملاءة منها فيسعها الانتفاع بها لانها بمنزلة اللقطة فكان سبيلها التصدق وان كانت غنية لا يحل لها الانتفاع بها وكذلك الجواب في المكعب اذا سرق اه وقيده بعضهم بان يكون المكعب الثاني مثل الاول أو أجود اما اذا كان الثاني دون الاول فله أن ينتفع به من غير هذا التكلف لان أخذ الاجود وترك الادون دليل الرضا بالانتفاع بالادون كذا في الظهيرية وفيه مخالفة اللقطة من جهة جواز التصدق بها قبل التعريف وكانه للضرورة وكذلك جوزوا الانتفاع للحال في مسئلة مذكورة في الخلاصة وفي الولوالجية هي لو مات غريب في دار رجل ومعه قدر خمسة دراهم فاراد صاحب البيت أن يتصدق على نفسه ان كان فقيرا فله ذلك كاللقطة اه ولم يصرح بما زاد على الخمسة وفي الحاوي القدسي واذا مات الغريب في بيت انسان وليس له وارث معروف كان حكم تركته كحكم اللقطة الا اذا كان مالا كثيرا يكون لبيت المال بعد البحث والفحص عن ورثته سنين اه وفي الخانية رجل غريب مات في دار رجل وليس له وارث معروف وخلف ما يساوي خمسة دراهم وصاحب الدار فقير ليس له أن يتصدق بهذا المال على نفسه لانه ليس بمنزلة اللقطة اه وهو مخالف لما ذكرناه والاول أثبت وصرح به في المحيط وأما مسئلة الحمام فقال في الظهيرية رجل له محصنة حمام اختلط بها أهلي لغيره لا ينبغي له أن يأخذه فان أخذه طلب صاحبه ليرده عليه لانه في معنى اللقطة وان فرخ عنده فان كانت الام غريبة لا يتعرض لفرخها وان كانت الام لصاحب المحصنة والغريب ذكرا فالفرخ له قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي وبهذا تبين ان من اتخذ برج حمام فاوكرت فيه حمام الناس فما يأخذ من أفراخها لا يحل له وهو بمنزلة اللقطة في يده فان كان فقيرا له أن يتناول لحاجته وان كان غنيا ينبغي له أن يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشئ ويحل له التناول قال شمس الائمة وهكذا كان يفعل شيخنا شمس الائمة الحلواني وكان مولعا باكل الجوازل ومحصنة الحمام برجه وأوكرت اتخذت وكرا وهو بيت الحمام وغيره والمولع الحريص والجوازل جمع جوزل وهو فرخ الحمام اه وفي القنية يمشي في السوق وينفخ في التراب فوجد عدلية أو فلسا أو ذهبا لا يحل له الا بعد التعريف ثم التصدق عليه ان كان فقيرا ثم رقم لآخر أما الفلس والعدلية فيباح له اذا كان فقيرا وفي الزيادة لا ويجوز التصدق في العدلية والفلس قبل التعريف اه وفي الظهيرية المأخوذ به ان للمأمور بالنثار سكرا أو غيره ان يحبس لنفسه مقدار ما يحبسه الناس وان يلتقط ومن وقع في حجره أو ذيله شئ فاخذه منه غيره ان هيأه لذلك لا يكون للآخذ والا كان له وفي التتارخانية سارق دفع لرجل متاعا فينبغي له أن يتصدق به ان لم يعرف صاحبه والا رده اليه ولا يرده الى السارق والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الاباق ﴾

كل من الاباق واللقيط واللقطة متحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض له بفعل فاعل مختار في الاباق فكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب كذا في فتح القدير وفيه نظر لان خوف التلف من حيث الذات في اللقيط أكثر

﴿ كتاب الاباق ﴾

﴿ كتاب الاباق ﴾

من اللقطة فتناسب ذكره عقيب الجهاد وأما التالف في الآبق فانما هو من حيث الانتفاع للولي لا من حيث الذات لانه لو لم يعد الى مولاه لا يموت بخلاف اللقيط فانه لصغره ان لم يرفع يموت فالانسب ترتيب المشايخ كما لا يخفى وكذا تعبيرهم بالكتاب لكل من الثلاثة أنسب من الباب لما ان مسائل كل منها مستقلة لم تدخل في شيء قبلها ولا بعدها وفي القاموس أبق العبد كسمع وضرب ومنع أبقا ويحرك وإباقا ككتاب ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب فهو آبق وأبوق وجمعه ككفار وركع اهـ وفي المصباح الاكثر انه من باب ضرب اهـ ولما كان الهرب لا يتحقق الا بالقصد لم يحتج الى زيادته كما في العناية وأما الضال فليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه كذا في فتح القدير (قوله أخذه أحب ان يقوعليه) أي يقدر عليه لما فيه من احيائه لانه هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له قيد بقدرته على أخذه لانه لو لم يقدر فلا استحباب ولم يذكر ما اذا خاف هلاكه لو لم يأخذه وصرح في البدائع بان حكم أخذه حكم أخذ اللقطة فعلى هذا يفترض أخذه ان خاف ضياعه ويندب ان لم يخف ويحرم أخذه لنفسه ويستحب تركه ان لم يأمن على نفسه ولم يذكر المصنف كثيرا من أحكامه بعد أخذه قال في البدائع ان شاء الآخذ أمسكه حتى يجيء صاحبه وان شاء ذهب به الى صاحبه فان ادعى انسان انه عبده وبرهن دفعه اليه واستوثق بكفيل ان شاء لجواز أن يدعيه آخر وان لم يبرهن وأقر العبد لمدعيه دفعه اليه أيضا لعدم المنازع ويأخذ كفيلا فان طالت المدة باعه القاضي وحفظ ثمنه لصاحبه فان جاء صاحبه بعده وبرهن دفع الثمن اليه وليس له نقض البيع لان بيع القاضي بولاية شرعية ولو زعم المدعي انه دبره وكاتبه لم يصدق في نقض البيع اهـ وسيأتي حكم نفقته آخرا ويستحلف القاضي مدعيه مع البرهان بالله انه باق الى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة كما في فتح القدير وفي الظهيرية ينبغي للراد أن يأتي به الى الامام عند السرخسي وخيره الحلواني واذا جاء به الى القاضي هل يصدقه القاضي بلا بينة اختلف المشايخ فيه كما اختلفوا في نصب القاضي خصما للمدعي حتى تقبل بينته ولم يذكره محمد كما اختلفوا في أخذ الكفيل من مدعيه بعد البرهان كما اختلفوا في أخذ الضال واذا أبق العبد وذهب بمال المولى فجاء به رجل وقال لم أجد معه شيأ فالقول قوله ولا شيء عليه ولا يكون وصول يده الى العبد دليلا على وصول يده الى المالية اهـ (قوله ومن رده من مدة سفر فله أربعون درهما) جعلا له استحسانا يستحقها على مولاه بلا شرط لان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على أصل وجوب الجعل الا ان منهم من جعله أربعين ومنهم من أوجب دونه فاوجب الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا فلو جاء بالآبق رجل فانكر مولاه اباقه فالقول له فان برهن أنه أبق أو ان مولاه أقر بذلك قبلت كذا في الجوهرة قيد بالآبق لانه لا جعل لراد الضال لانه بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها في الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي وهذا مما فارق فيه الآبق وكذا في حبسه فان الآبق اذا رفع الى الامام يحبسه ولا يحبس الضال لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال وكذا الآبق أخذه الواجد بل تركه أفضل على أحد القولين لانه لا يبرح من مكانه فيجده المالك بخلاف الآبق وكذا لا جعل لراد الصبي الحر وأطلق الراد فشمل ما اذا كانا اثنين فيشتركان في الاربعين اذا رداه لمولاه كما في الحاوي وشمل ما اذا رده مرة اليه فهو كالاجنبي لكن يرد عليه ما اذا رده من في عيال سيده اليه وانه لا جعل له وكذا يرد

(أخذه أحب ان يقوعليه ومن رده من مدة سفر فله أربعون درهما

(قوله فعلى هذا يفترض أخذه ان خاف ضياعه الخ) قال في النهر هذا غلط فاحش وذلك أنه قدم عن البدائع ان أخذ اللقطة مع خوف الضياع ليس بفرض وان القول بالفرضية مذهب الشافعي فكيف يفهم من قوله ان حكم أخذه حكم أخذ اللقطة انه يكون فرضا فسبحان من تنزه عن السهو والنسيان نعم في الفتح يمكن أنه يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والا فلا

(قوله ما اذا رده الابوان أو أحدهما ولم يكن في عياله لا جعل له) تبعه في هذا تلميذه الشيخ محمد الغزي في منحة والذي رأيته في غاية البيان ومعراج الدراية وفتح القدير والعناية والبزازية والقهستاني والنهر ان الاب كبقية المحارم ان كان في عياله لا جعل له والا فله الجعل وعبارة المعراج والجملة في ذلك ان الراد اذا كان في عيال مالك العبد أي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان الراد أبا المالك أو ابناله وأما اذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له أيضا وان كان أباه فله الجعل اليه أشار في الذخيرة وشرح الطحاوي وفي المبسوط جواب القياس ان الراد ذا الرحم المحرم يستحق الجعل في جميع ذلك اذا لم يكن في عياله ولكنه استحسن فقال اذا وجد الابن عبد أبيه فلا جعل له منه سواء كان في عياله أولا لان رده على أبيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن أما لو كان الراد أبا فان كان في عيال ابنه لا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع جعل آخر وان لم يكن الاب في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب اه ثم رأيت في الحاوي القدسي ما نصه واذا كان الراد ممن في عيال مالك الغلام لا جعل له وان لم يكن في عياله فله الجعل سواء كان أجنبيا أو ذا رحم محرم الا الوالدين والمولودين اه فتأمل (قوله وشرط في التاتارخانية أن يقول له نعم) قال المقدسي الظاهر أنه ليس بشرط لان الظاهر منه التبرع بالعمل حيث لم يشرط عليه جعلا (قوله فالواردا احدى عشرة) أي بعد الابوين أو أحدهما صورتين وهذا بناء على ما قدمه أما على ما نقلناه عن شروح الهداية وغيرها فهما داخلان فيمن كان في عيال المولى وزاد في الدر المختار نقلا عن النتف الشريك وصور في الوارث كما سنذكره

ولو قيمته أقل منه وان رده لاقل منها فبحسابه

عليه ما اذا رده الابوان أو أحدهما ولم يكن في عياله لا جعل له وكذا لا يرد عليه لو رده الابن الى أبيه وليس في عياله أو أحد الزوجين الى الآخر وكذا لا يرد عليه لو رده الوصي الى اليتيم وكذا من يعول اليتيم اذا رد آبقه وليس بوصي وكذا لا يرد عليه لو كان مالكه قد استعان به كما لو قال لرجل ان عبدي قد أبق فاذا وجدته فخذه كما في فتح القدير وشرط في التتارخانية أن يقول له نعم معللا بأنه قد وعد له الاعانة وكذا لا يرد عليه لو رده السلطان أو الشحنة أو الخفير لوجوب الفعل عليهم فالوارد احدى عشرة فلو قال اذا كان الراد يحفظ مال السيد أو يخدمه أو استعان به لسلم من الايراد كما لا يخفى وشمل ما اذا كان الراد بالغا أو صبيا حرا أو عبدا لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا ان الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال كذا في البدائع وشمل ما اذا رده بنفسه أو نائبه قال في المحيط أخذ آبقا من مسيرة سفر فدفعه الى رجل وأمره أن يأتي به الى مولاه وان يأخذ منه الجعل جاز وذكر في آخر الباب لو أخذ عبدا آبقا فاغتصبه منه رجل وجاء به لمولاه فدفعه اليه وأخذ جعله ثم جاء الذي أخذه فاقام البينة انه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام فانه يأخذ من مولاه الجعل ثانيا ويرجع المولى على الغاصب بما دفع اليه لانه أخذه بغير حق اه وأطلق في السيد فشمل البالغ والصبي فيجعل الجعل في ماله وشمل ما اذا كان متعددا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه وأطلق في المردود فشمل ما اذا كان صغيرا فهو كالكبير ذكره الحاكم في الكافي لكن ذكر بعده واذا أبقت الامة ولها صبي رضيع فردهما رجل كان له جعل واحد فان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله الجعل ثمانون درهما اه فقيد ولد الآبقة بالمراهق ولم يقيد أولا فالظاهر ان الصغير ان لم يكن تبعا لاحد أبويه لا يشترط أن يكون مراهقا والا فهو شرط لكن لا بد من تقييده بالعقل قال في التتارخانية وما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما اذا كان يعقل الاباق أما اذا كان لا يعقل فهو ضال لا يستحق له الجعل اه وفي المصباح الجعل بالضم الاجر يقال جعلت له جعلا والجعالة بكسر الجيم وبعضهم يحكي التثليث والجعيلة مثل الكريمة لغات في الجعل اه (قوله ولو قيمته أقل منه) أي ولو كانت قيمة المردود أقل من الاربعين فالواجب الاربعون عند أبي يوسف لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه وقال محمد يقضي بقيمته الا درهما لان المقصود احياء مال المالك فلا بد أن يسلم له شئ تحقيقا للفائدة ولم يذكر في الهداية فيه قولا للامام وذكره صاحب البدائع والاسبيجابي مع محمد فكان هو المذهب ولذا ذكره القدوري وفي التتارخانية لو مات العبد بعد ما رد لم يبطل حقه في الجعل (قوله وان رده لاقل منها فبحسابه) الخ أي لو رد الآبق لاقل من ثلاثة أيام تقسم الاربعون

على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث اذهى أقل مدة السفر وقد استفيد منه ان ما زاد على الثلاث كالثلاثة بخلاف ما نقص عنها وظاهر ما في الهداية وغيرها تضعيف ما في الكتاب وان المذهب الرضخ له باصطلاحهما أو يفوض الى رأى القاضى وفى الينابيع العرض الى رأى الامام وهو الاشبه بالاعتبار وفى الابانة وهو الصحيح وفى الغياثية وعليه الفتوى كذا في التتارخانية وفى المحيط رجلان أتيا به فبرهن أحدهما انه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام والثانى انه من مسيرة يومين فعلى المولى جعل تام و يكون للاول جعل يوم خاصة و يكون جعل يومين بينهما نصفين ولو أقام أحدهما البينة انه أخذه بالكوفة وأقام آخر انه أخذه فى طريق البصرة على مسيرة يومين فقد علمت ان احدى البينتين كاذبة فعلى المولى جعل تام و يكون للذى أقام البينة انه أخذه بالكوفة ثلث الجعل و يكون الباقى بينهما نصفين اه وفى القاموس رضخ له كمنع وضرب أعطاه عطاء غير كثير اه أطلق فى الاقل فشمل ما اذا رده فى المصر فانه يرضخ له كما لو رده من خارج وهو المذكور فى الاصل وعن أبى حنيفة لا شئ له فى المصر والاول هو الصحيح كذا فى التتارخانية (قوله وأم الولد والمدبر كالقن) لما فيه من احياء ماليته وقيده فى الهداية بان يكون الرد فى حياة المولى ولا حاجة اليه لانهما يعتقان بموته ولا شئ فى رد الحر وهذا ظاهر فى أم الولد لانه لا سعاية عليها بعد موته وكذا فى المدبر الذى لا سعاية عليه بان كان للمولى مال سواه وأما اذا لم يكن له غيره فكذلك لا جعل للراد لانه حر عندهما مستسعى عنده وهو كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب ولذا قيد بأم الولد والمدبر للاحتراز عنه لان المكاتب أحق بمكاسبه فلا يوجد فيه احياء مال المولى ولو رد القن بعد موت مولاه وجب الجعل ان كان الراد أجنبيا وان كان وارثا ينظر فان أخذه بعد موت المولى لا شيأ لان العمل يقع فى محل مشترك بينه و بين بقية الورثة وان أخذه فى حياته ثم مات استحقه فى حصة غيره عندهما خلافا لابى يوسف والراد أحق بالعبد من سائر الغرماء حتى يعطى الجعل فيقدم على سائر الديون و يعطى من ثمنه ثم يقسم الباقى بين الغرماء كذا فى البدائع وكذا لو كان الآبق مأذونا فى التجارة وعليه دين محيط فالجعل على مولاه فان امتنع بيع فى الجعل وما فضل يصرف للغرماء كذا فى التتارخانية (قوله وان أبق من الراد لا يضمن) لانه أمانة فى يده اذا أشهد انه أخذه ليرده كما سيأتى ولم يذكر سقوط الجعل قالوا ولا جعل له لانه فى معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات فى يده لا شئ له ولا عليه ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاتفاق كما فى العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز كذا فى الهداية وقوله كما لقيه ليس بقيد بل لو أعتقه بعد ما سار به الراد ثلاثة أيام أو أكثر ليرده ثم أبق بعده فان الجعل لا يسقط كما صرح به فى المحيط بخلاف ما اذا سار به أقل من ثلاثة أيام وقال أبو حنيفة ان كان المولى دبره ثم هرب فلا جعل له لان بالتدبير لم يزل الرق وسبب الاستحقاق هو الرد الى المولى فى حالة الرق ولم يرده اه ولم يذكر المصنف حكم ما اذا رده آخر بعد ما أبق من الاول وذكر فى المحيط ان الاول اذا أدخله المصر فهرب منه فأخذه آخر ورده الى مولاه فلا جعل لواحد منهما وان خرج من المصر ورده الثانى من مسيرة سفر فله الجعل ولو أخذ الآبق من مسيرة سفر فسار به يوما ثم أبق منه متوجها الى بلد مولاه ولا يريد أن يرجع الى مولاه فان أخذه الذى كان أخذه ثانيا فسار به اليوم الثالث فرده فله ثلثا الجعل

وأم الولد والمدبر كالقن وان أبق من الراد لا يضمن

عند قوله وأم الولد والمدبر كالقن (قوله وان كان وارثا ينظر الخ) فى كافى الحاكم الشهيد فان كان الذى جاء به هو وارث الميت وقد أخذه وسار به ثلاثة أيام فى حياته ثم مات وليس الوارث من عياله قال له الجعل وقال أبو يوسف أما أنا فلا أرى للوارث جعلا اذا جاء به بعد موته وان كان أخذه فى حياته اه

ويشهد انه أخذه ليرده وجعل الرهن على المرتهن وأمر نفقته كاللقطة

جعل اليوم الاول والثالث فان أخذه مولاه أو رجع العبد الى مولاه فلا جعل للآخذ لانه لم يدفعه الى مولاه ولو كان العبد لم يأبق من الآخذ ولكن فارقه وجاء الى مولاه متوجها لا يريد الاباق فللآخذ جعل يوم لانه لم يتمرد من الآخذ بل منقاد له فلم تنقطع يده عنه فصار كانه رده الى مولاه ولو أخذ عبدا آبقا من مسيرة سفر فسار به يوما ثم دفعه الى آخر أو باعه منه أو وهبه وسلمه وأمره أن يدفعه الى مولاه فدفعه أو سار العبد بنفسه فللآخذ جعل اليوم الاول ولا شئ للمدفوع اليه اه (قوله ويشهد انه أخذه ليرده) أي يشهد الآخذ للآبق ولو قال ان أشهد انه أخذه ليرده لكان أولى ليكون شرطا لعدم ضمانه باباقه من يده فان الاشهاد لنفي الضمان عن آخذه شرط عندهما خلافا لابي يوسف كما تقدم في اللقطة لكن لم يعلقه به ليفيد ان الاشهاد شرط لاستحقاق الجعل أيضا حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان تركه الاشهاد أمارة انه أخذه لنفسه فصار كما اذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه أخذه لنفسه الا اذا أشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن واتفقوا انه لو أقر انه أخذه لنفسه فلا جعل له والحاصل انه ان أشهد انه أخذه ليرده استحق الجعل وانتفى الضمان عنه بموته واباقه والا لا لكن ينبغي أن يكون الاشهاد شرطا لهما عند التمكن أما اذا لم يتمكن منه فلا اتفاقا كما تقدم نظيره في اللقطة وان القول قوله في انه لم يتمكن منه ثم رأيت التصريح به في التتارخانية (قوله وجعل الرهن على المرتهن) لانه أحيا ماليته بالرد وهي حق المرتهن اذ الاستيفاء منها والجعل في مقابلة احياء المالية فيكون عليه أطلقه فافاد ان الرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت لكن يرد على اطلاقه ما اذا كانت قيمته أكثر من الدين فليس الكل عليه وانما عليه بقدر دينه والباقي على الراهن لان حقه في القدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه من الجناية بالفداء وأشار بوجوبه على المرتهن الذي ليس بمالك للرقبة لكون المنفعة عائدة اليه لكونه مضمونا عليه الى ان العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا أبق فالجعل على صاحب الخدمة لان المنفعة له فاذا انقضت الخدمة رجع صاحب الخدمة على صاحب الرقبة أو بيع العبد فيه والى ان المأذون المديون لو أبق فاداء الجعل على من يقع الرد له وهو من يستقر الملك له فان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه وان اختار بيعه كان الجعل في الثمن يبتدأ به كما أسلفناه ولا شئ على المشتري والى ان الآبق لو كان جنى خطأ لا في يد الآخذ فانه على من سيصير له ان اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته اليه وان اختار دفعه الى الاولياء فعليهم لعودها اليهم فلو دفع المولى الجعل وأخذه ثم قضى عليه بدفعه الى الاولياء فله الرجوع على المدفوع اليه بالجعل كما لو باعه القاضي في الدين فان المولى يأخذ جعله الذي دفعه من ثمنه كذا في المحيط قيدنا بكونه خطأ لانه لو كان قتل عمدا ثم رده فلا جعل له على أحد وقيدنا بكون الجناية لم تكن وهي في يده اذ لو جنى الآبق في يد الآخذ فلا جعل له على أحد ولو جنى بعد اباقه قبل ان يأخذه فان قتل فلا شئ له وان دفع الى الولي فعليه الجعل كذا في المحيط فجنايته على ثلاثة أوجه كما علمت والى ان العبد المغصوب لو أبق من غاصبه فالجعل على الغاصب ودل بمفهومه انه لو رد الموهوب فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في الهبة بعد الرد أو لم يرجع لان المالك له وقت الرد المنتفع به انما هو الموهوب له ولو وهبه للآخذ فان كان قبل قبض المولى فلا جعل والا فعلى المولى بخلاف ما اذا باعه منه فان الجعل له مطلقا كذا في المحيط (قوله وأمر نفقته كاللقطة) أي وحكم نفقة الآبق

كحكم نفقة اللقطة لانه لقطة حقيقة فلو أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي كان متبرعا وباذنه كان له الرجوع بشرط أن يقول على أن يرجع على الاصح وله ان يحبسه للنفقة الدين فان طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه كما قدمناه واسلفنا أن القاضي لا يؤجره بخلاف اللقطة وانه يحبسه تعزيرا له بخلاف الضال وقدر في التتارخانية مدة حبسه بستة أشهر ثم يبيعه بعدها قال وينفق عليه مدة الحبس من بيت المال وسيأتي حكم بيع الآبق وهبته في البيوع الفاسدة واعتاقه جائز ولو عن كفارة ظهار ولا تقطع يده بسرقة تثبت عليه حتى يحضر مولاه خلافا لابي يوسف وان أجره رجل فالاجر له ويتصدق به وان دفعه الى المولى كان له حلالا استحسانا كذا في التتارخانية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب المفقود﴾

من فقده يفقده فقدا وفقدانا وفقودا عدمه فهو فقيد ومفقود كذا في القاموس (قوله وهو غائب لم يدر موضعه) يعني لم تدر حياته ولا موته والمدار انما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه فانهم جعلوا منه كما في المحيط المسلم الذي أسره العدو ولا يدرى أحي أم ميت مع ان مكانه معلوم وهو دار الحرب فانه أعم من أن يكون عرف أنه في بلدة معينة من دار الحرب أولا وحاصل ما ذكره المصنف من أحكامه ان له حكمين حكما في الحال وحكما في المآل فالاصل في الاول أنه حي في حق نفسه حتى لا يورث عنه ماله ولا تتزوج نساؤه وميت في حق غيره حتى لا يرث من أحد ولا يقسم ماله بين ورثته ما لم يثبت موته ببينة أو يبلغ سنا سيبينه المصنف وأما الحكم المآلي فهو الحكم بموته بمضي مدة معينة (قوله فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه) لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له لكن عند الحاجة فلو كان له وكيل ثم فقد ينبغي أن لا ينصب القاضي وكيلا لانه لا ينعزل بفقد موكله اذا كان وكيلا في الحفظ لما في الولوالجية والتجنيس رجل غاب وجعل داره في يد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليحفظه وفقد الدافع فله أن يحفظه وليس له أن يعمر الدار الا باذن الحاكم لانه لعله مات ولا يكون الرجل وصيا اهـ أطلق الحق فشمل الاعيان والديون من الغلات وغيرها ما كان في بيته أو عند أمنائه ولا يخفى أنه يقبض غلاته والدين المقر به لانه من باب الحفظ فيخاصم في دين وجب بعقده لانه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو في عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل في القبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك تضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه كذا في الهداية وأورد عليه أن المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف أجيب بان المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر اولا واذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف واستشكله الشارح بان الاختلاف انما هو في نفس القضاء والا لم يتصور الاختلاف في نفس القضاء فلا ينفذ حكمه الا بتنفيذ قاض آخر ولهذا قال الشارح في كتاب القضاء ان الاصح أنه لا ينفذ الا بتنفيذ قاض آخر لان الاختلاف في نفس القضاء

﴿كتاب المفقود﴾

وهو غائب لم يدر موضعه فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه

﴿كتاب المفقود﴾

(قوله لانه لا ينعزل بفقد موكله الخ) قال في النهر الظاهر أنه لا يملك قبض ديونه التي أقر بها غرماؤه ولا غلاته وحينئذ فيحتاج الى النصب وكان هذا هو السر في اطلاقهم نصب الوكيل والله الموفق (قوله تضمن الحكم به قضاء على الغائب) قال في الحواشي السعدية فيه شئ والظاهر أن يقال قضاء للغائب وكتب على قوله وأنه لا يجوز ما نصه في فصل القضاء بالمواريث من شرح الاتقاني وأحال على المختلف أنه قد يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عنده

وتبعه المحقق ابن الهمام هناك لكن ذكرهنا عن الخلاصة ان الفتوى على النفاذ والحاصل ان في نفاذ القضاء على الغائب روايتين فصححوا في باب المفقود رواية النفاذ وفي كتاب القضاء رواية عدمه لكن وقع الاشتباه بين أهل العصر في المراد بالقاضي على الغائب هل المراد به الاعم من الحنفي وغيره أو المراد غير الحنفي ومنشؤه فهم عبارة الهداية وغيرها هنا حيث قالوا اذا رآه القاضي نفذ هل المراد انه رأى له واعتقاد فيخرج الحنفي لانه لا يرى القضاء على الغائب أو المراد اذا رآه القاضي مصلحة فقال في العناية الا اذا رآه القاضي أي جعل ذلك رأياله وحكم به وقال في فتح القدير أي رأى القاضي المصلحة في الحكم على الغائب أوله اهـ وقال الشارحون وصاحب الخلاصة والبزازية في توجيه الجواب عما أورد ان المجتهد فيه نفس القضاء اذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ وهو موافق لما في العناية المقتضي لتخصيص القاضي بغير الحنفي ومن العجب ما في الخلاصة من نقل الاجماع على نفاذ القضاء على الغائب لو فعل وانما الخلاف في أنه هل يقضي وينصب وكيلا عن الغائب أم لا وسنزداد وضوحا في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى والحاصل أنه لا تسمع الدعوى ولا تقبل البينة فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو ردا بعيب أو مطالبة لاستحقاق لعدم الخصم لان منصوب القاضي ليس بخصم وكذا زوجته لانهم يرثونه بعد موته ولم يثبت ولم يذكر المصنف بيع شئ من ماله وفي الهداية ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه يتعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن (قوله وينفق على قريبه ولاداو زوجته) يعني من مال المفقود والاصل فيه ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله في غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وكل محرم لما قدمناه في النفقات أطلق في الانفاق من ماله وهو مقيد بالدراهم والدنانير لان حقهم في الملبوس والمطعوم فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وتقدم في النفقات استثناء الاب فان له بيع العروض وفي التتارخانية ويباع في النفقة ما سوى العقار ولم يقيد بفقرهم لما علم في النفقات أنه لا بد منه الا الزوجة فانها تستحق النفقة وان كانت غنية ولم يبين من تحت يده المال لما قدمناه في النفقات أنه اذا كان المال وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار وان كان أحدهما ظاهرا الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود وأما اذا نصب القاضي من يخاصم في ذلك فله ذلك كما في التتارخانية ولم يذكر المصنف أخذ الكفيل منهم لما قدمه أنه يؤخذ كفيلا (قوله

وينفق على قريبه ولادا وزوجته

(قوله والحاصل الخ) هذا الحاصل ذكره فى الفتح وبيانه ان اختلافهم فى تقديره بتسعين أو بمائة أو بمائة وعشرين مبنى على اختلاف الرأى فى الغالب فى طول العمر فبعضهم رأى أن الغالب فى طول العمر أى الغالب فى نهاية ما يعيش اليه الانسان تسعون فقدره بها وبعضهم رأى أن الغالب فيه المائة فقدر بها وهكذا وبعضهم نظر الى الغالب مطلقا أى لا من حيث كونه أطول ما يعيش اليه الانسان بل من حيث كونه الغالب فى

ولا يفرق بينه وبينها حكم بموته بعد تسعين سنة وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله ولا يرث من أحد مات ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيأ وان انتقص حقه به يعطى أقل النصيبين

أصل الطول وهو الستون فان من يعيش الى الستين أكثر ممن يعيش الى التسعين أو أكثر قال فى الفتح وعندى الاحسن سبعين لقوله عليه الصلاة والسلام أعمار أمتى ما بين الستين الى السبعين فكانت [illegible] غالبا اه (قوله والعجب من المشايخ) قال فى النهر أنت خبير بان التفحص عن موت الاقران غير ممكن أو فيه حرج فعن هذا اختار المشايخ تقديره بالسن اه قلت وقد يكون هذا التقدير تفسير الظاهر الرواية بان المراد منه موت الاقران غالبا لكنهم اختلفوا فى الغالب هل المراد منه أطول ما يعيش اليه

ولا يفرق بينه وبينها) أى وبين زوجته لقوله عليه السلام فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول على رضى الله عنه فيها هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور فى المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضى الله عنه رجع الى قول على رضى الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا واعتبر فى الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة لان الغرية تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة (قوله وحكم بموته بعد تسعين سنة) لانه الغاية فى زماننا والحياة بعدها نادر فلا عبرة للنادر وقد وقع الاختلاف فى هذه واختلاف الترجيح فظاهر الرواية وهو المذهب انه مقدر بموت الاقران فى السن لان من النوادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا يبنى الحكم عليه فاذا بقى منهم واحد لا يحكم بموته واختلفوا فى المراد بموت أقرانه فقيل من جميع البلاد وقيل من بلده وهو الاصح كذا فى الذخيرة واختار المؤلف التقدير بالتسعين بتقديم التاء على السين تبعا لابن الفضل وهو الارفق كما فى الهداية وفى الذخيرة وعليه الفتوى وعن أبى يوسف تقديره بمائة سنة واختاره أبو بكر بن حامد وفى رواية الحسن عن الامام بمائة وعشرين سنة واختاره القدورى واختار المتأخرون ستين سنة واختار المحقق ابن الهمام سبعين سنة واختار شمس الائمة أن لا شئ لانه أليق بطريق الفقه لان نصب المقادير بالرأى لا تكون وفى الهداية انه الاقيس وفوضه بعضهم الى القاضى فاى وقت رأى المصلحة حكم بموته قال الشارح وهو المختار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأى أى فى ان الغالب هذا فى الطول أو مطلقا والعجب من المشايخ كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع انه واجب الاتباع على مقلدى أبى حنيفة والامام محمد لم يعتبر السنين وانما اعتبره المتقدمون بعده وقال الصدر الشهيد فى شرحه ما قال محمد أحوط كما فى التتارخانية ولقد صدق من قال كثرة المقالات تؤذن بكثرة الجهالات ومن الغريب ما نقله فى التتارخانية انه مقدر بثمانين سنة وعليه الفتوى (قوله وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله أى حين حكم بموته بمضى هذه المدة والظرف قيد للحكمين كانه مات من ذلك الوقت معاينة اذ الحكمى معتبر بالحقيقى وكذا يحكم بعتق مدبريه وامهات أولاده فى ذلك الوقت كما فى الحاوى (قوله ولا يرث من أحد مات) أى قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة للاستحقاق ولذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى لا يستحق الوصية لكن قال محمد لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان بموته فاذا قضى بموته جعل كانه مات الآن والحاصل انه حى فى مال نفسه فلا يورث ميت فى حق غيره فلا يرث وهذا اذا لم تعلم حياته الى ان يحكم بموته وان علم حياته فى وقت من الاوقات يرث من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه كما فى الحمل لاحتمال أن يكون حيا فيرث فان تبين حياته فى وقت مات فيه قريبه والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذى وقف من ماله (قوله ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيأ وان انتقص حقه به يعطى أقل النصيبين) بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو بنت ابن والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا على فقد الابن وطلبت

البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى أولاد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبى الا اذا ظهرت منه خيانة بان كان أنكر ان للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضى بها لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه حينئذ يؤخذ الفضل الباقى منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو لم يتصادقوا على فقد الابن فقال الاجنبى الذى فى يده المال مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما فى يده وقد أقر ان ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيأ ويوقف الثلث الباقى فى يده وتمامه فى فتح القدير وفى البزازية من كتاب الدعوى مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثة المفقود انه حى وله الميراث والابن الآخر يزعم موته لا خصومة بينهما لان ورثة المفقود اعترفوا أنهم لا حق لهم فى التركة فكيف يخاصمون عمهم اه (قوله كالحمل) أى الحمل نظيره فى الميراث عند الشك فى نصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى فلو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه المتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامرأة حاملا تعطى المرأة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيأ وان كان ممن يتغير يعطى الاقل المتيقن به مثاله ترك امرأة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير بها ولو ترك حاملا وأخا أو عما لا يعطى شيأ لان الاخ يسقط بالابن وجائز أن يكون الحمل ابنا وكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيأ ولو ترك حاملا وأما وزوجة تأخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الام الثلث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الربع والله أعلم

كالحمل

﴿كتاب الشركة﴾

الاقران أو أغلب ما يعيشون اليه كالستين كما بيناه آنفا

﴿كتاب الشركة﴾

﴿كتاب الشركة﴾

أولاها بالمفقود لتناسبهما بوجهين كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر كما ان مال المفقود أمانة فى يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حى والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس لها اسم من المادة ولا يظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة كذا فى فتح القدير وذكر انها باسكان الراء فى المعروف وسكت عن الاول وفى القاموس الشرك والشركة بكسرهما وضم الثانى بمعنى وقد اشتركا وتشاركا وشارك أحدهما الآخر والشرك بالكسر وكأمير المشارك والجمع أشراك وشركاء اه وفى التبيين اطلاق الشركة على العقد مجاز لكونه سببا له وفى فتح القدير وركنها فى شركة العين اختلاطهما وفى شركة العقد اللفظ المفيد له ويقال الشركة على العقد نفسه فاذا قيل شركة العقد بالاضافة فهى اضافة بيانية وشرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء فى الثلث وهو خاص بشركة العين وأما السنة فما فى سنن أبى داود عن السائب أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم كنت شريكى فى الجاهلية كما فى فتح القدير وفى المحيط شرط جوازها كون الواحد قابلا للشركة وحكمها فى شركة الملك صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركا بينهما وفى شركة العقد

(قوله وتمامه في جامع الفصولين الخ) أقول أوضحه في جامع الفصولين من الخامس والثلاثين في التصرفات في الأعيان المشتركة فقال أرض أو كرم بين حاضر وغائب أو بين بالغ ويتيم فالحاضر أو البالغ يرفع الأمر إلى القاضي ولو لم يرفع ففي الأرض يزرع بحصته ويطيب له ذلك ويقوم على الكرم فيبيع ثمره ويأخذ حصته ويوقف حصة الغائب ويبيع له ذلك وإذا قدم الغائب ضمنه القيمة أو أجاز بيعه وذكر في مواضع أجر عن محمد رحمه الله لو أخذ الشريك نصيبه من الثمن وأكله جاز ويبيع نصيب الغائب ويحفظ

شركة الملك أن يملك اثنان عينا ارثا أو شراء وكل أجنبي في قسط صاحبه

ثمنه فلو حضر صاحبه يخير كما مر فلو لم يحضر فهو كلقطة قال ت هذا استحسان وبه أخذ ولو أدى الخراج كان متبرعا وذكر محمد رحمه الله في صل غاب أحد شريكي الدار فأراد الحاضر أن يسكنها رجلا أو يؤجرها لا ينبغي أن يفعل ذلك ديانة إذ التصرف في ملك الغير حرام حقا لله تعالى وللمالك ولا يمنع منه قضاء لأن الإنسان لا يمنع عن التصرف فيما في يده لو لم ينازعه أحد فلو أجر وأخذ الأجر يرد على شريكه نصيبه لو قدر وإلا تصدق به لتمكن الخبث فيه لحق شريكه فكان كغاصب أجر يتصدق بالأجر أو يرده على المالك وأما نصيبه فيطيب له إذ لا خبث فيه هذا لو أسكن غيره أما لو سكن بنفسه ليس له ذلك ديانة قياسا وله ذلك استحسانا إذ له أن يسكنها بلا إذن شريكه حال حضوره إذ يتعذر عليه الاستئذان في كل مرة على هذا أمر الدور فيما بين الناس فكان له أن يسكن حال غيبته بخلاف إسكان غيره

صيرورة المعقود عليه أو ما يستفاد به مشتركا بينهما (قوله شركة الملك أن يملك اثنان عينا ارثا أو شراء) بيان للنوع الأول منها وقوله ارثا أو شراء مثال لا قيد فلا يرد أن ظاهره القصر عليهما مع أنه لا يقتصر عليهما بل تكون فيما إذا ملكاها هبة أو صدقة أو استيلاء بأن استوليا على مال حربي أو اختلاطا كما إذا اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما أو اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز أو يتعسر كالحنطة مع الشعير والحاصل أنها نوعان جبرية واختيارية فأشار إلى الجبرية بالارث وإلى الاختيارية بالشراء كما في المحيط وذكر أن من الاختيارية أن يوصى لهما بمال فيقبلان وظاهر قولهم عينا يدل على اخراج الدين فقيل إن الشركة فيه مجاز لأنه وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا وقد جازت هبته ممن عليه الدين ودفع بأنها مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه الدين وفي فتح القدير والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه الدين إلى أحدهما كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن يعطيه شيئا على أنه قضاء وأخر الآخر وسيأتي في الصلح أن من الحيلة في اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته فلو قال المصنف أن يملك متعدد عينا أو دينا لكان أولى (قوله وكل أجنبي في قسط صاحبه) أي وكل واحد من الشريكين ممنوع من التصرف في نصيب صاحبه لغير الشريك إلا بإذنه لعدم تضمنها الوكالة والقسط بالكسر الحصة والنصيب كذا في القاموس ولم يذكر المصنف حكم بيع أحدهما حصته وحكم الانتفاع بها بلا بيع أما الأول فقالوا يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط كان كل حبة مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم والظاهر أن البيع ليس بقيد بل المراد الاخراج عن الملك بهبة أو وصية أو صدقة أو إمهار أو بدل خلع وسيأتي بيان إجارة المشترك في قوله فيها وفسد إجارة المشاع إلا من الشريك وأما الثاني ففيه تفصيل ففي الدابة المشتركة لا يركبها بغير إذن شريكه وفي البيت له أن يسكن كله في غيبة شريكه وكذا الخادم ولا يلزمه أجرة حصة شريكه ولو كانت الدار معدة للاستغلال وفي الأرض له أن يزرعها كلها على المفتى به إن كان الزرع ينفعها فإذا جاء شريكه زرعها مثل تلك المدة وإن كان الزرع ينقصها أو الترك ينفعها فليس له أن يزرعها وفي الكيلي والوزني له أن يعزل حصته بغيبة شريكه وينتفع بها ولا شيء عليه إن سلم الباقي فإن هلك قبل التسليم إلى شريكه هلك عليهما وتمامه في جامع الفصولين من الفصل الثالث

اذليس له ذلك حال حضرته بلا اذنه فكذا حال غيبته (غن) دار بينهما غير مقسومة غاب أحدهما وسع الحاضر أن يسكن بقدر حصته فيسكن الدار كلها وكذا خادم بينهما غاب أحدهما فللحاضر أن يستخدمه بحصته وفى الدابة لا يركبها الحاضر لتفاوت الناس فى الركوب لا السكنى والاستخدام فيتضرر الغائب بركوبها لا بهما ن عن محمد رحمه الله للحاضر أن يسكن كل الدار لو خاف خرابها ولو لم

وشركة العقد أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا ويقبل الآخر

يسكنها وعن ح رحمه الله ليس للحاضر فى الارض أن يزرع بقدر نصيبه وفى الدار له أن يسكنها (بر) ان له ذلك فى الوجهين فلو سكن الدار أحد شريكيهما بغيبة الآخر لا يلزمه الاجر ولو أعدت للاستغلال والاصل أن الدار المشتركة فى حق السكنى وتوابعه تجعل كالملك لكل من الشريكين على الكمال اذ لو لم تجعل كذلك يمتنع كل منهما من دخول وقعود ووضع أمتعة فيتعطل عليهما منافع ملكهما وهو لم يجز فصار الحاضر ساكنا فى ملك نفسه فكيف يلزم

الثالث والثلاثين من الانتفاع بالمشترك وفى الخانية ولو كان بينهما شركة فى مال خلطاه ليس لواحد منهما أن يسافر بالمال بغير اذن الشريك وان سافر به فهلك فان كان له حمل ومؤنة ضمن وان لم يكن له حمل ومؤنة لا يضمن اهـ وفى الظهيرية ولو قال لآخر ما اشتريت اليوم من أنواع التجارات فهو بينى وبينك وقال الآخر نعم فهو جائز وكذلك لو قال كل واحد منهما لصاحبه ذلك لان هذه شركة فى الشراء والشركة فى الشراء جائزة وليس لاحد منهما أن يبيع حصة الآخر مما اشترى الا باذن صاحبه لانهما اشتركا فى الشراء لا فى البيع ولو اشترى رجل عبدا فقال له رجل اشركنى فيه فاشركه ثم جاء آخر فقال اشركنى فيه فاشركه فان كان الثانى يعلم بمشاركة الاول اياه فله ربع جميع العبد لانه طلب منه الاشتراك فى نصيبه ونصيبه النصف وان كان الثانى لم يعلم بمشاركة الاول اياه فله نصف جميع العبد لانه طلب منه الاشتراك فى كل العبد فيكون طالبا للنصف ولو كان بين رجلين عبد فقال أحدهما لثالث أشركتك فى هذا العبد ولم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفين ولو كان مكان الشركة بيع بان باع نصف العبد المشترك نفذ البيع فى جميع نصيبه لان فى الاولى نصا على الشركة ولو صار جميع نصيبه له لا تتحقق الشركة ولا كذلك البيع رجل اشترى حنطة وطحنها فاشرك فى طحنها رجلا فان طحنها بنفسه فعلى الذى أشركه فيه نصف الثمن لا غير وان استأجر رجلا ليطحنها فعلى الذى أشركه نصف الثمن ونصف أجر الطحن لانه يجعله شريكا فيه بنصف ما قام عليه وقد قام عليه بهذا القدر فيقضى عليه بنصفه اهـ ولا يصح أن يشرك فيما اشتراه قبل القبض وان كان بعده فهو بينهما على السواء وان اشرك فيه اثنين كان بينهم اثلاثا واذا لم يعرف الدخيل مقدار الثمن جاز وله الخيار ولو قال لك شركة يا فلان فعند أبى يوسف بينهما نصفان وابطله محمد قال اشركت فلانا فى نصف هذا العبد فله الربع قياسا والنصف استحسانا ولو اشتريا عبدا فاشركا فيه آخر فان اشركاه على التعاقب فله النصف ولهما النصف وان اشركاه معا فله الثلث استحسانا لان الاشراك يقتضى المساواة وان أشركه أحدهما فى نصيبه ونصيب صاحبه فان أجاز صاحبه فله النصف وللشريكين النصف وتمامه فى المحيط من باب من يشترى شيأ فيشرك فيه غيره (قوله وشركة العقد أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا ويقبل الآخر) بيان للنوع الثانى ومقصوده بيان ركنها من الايجاب والقبول الدالين عليها لا خصوص شاركتك لانها عقد من العقود فتنعقد بما يدل عليه ولهذا لو دفع ألفا الى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر وأخذها وفعل انعقدت الشركة وقوله فى كذا أى فى شئ لان كذا كناية عن الشئ كذا فى القاموس وذلك الشئ أعم من أن يكون خاصا كالبز والبقل أو عاما كما اذا شاركه فى عموم التجارات وتخصيص العموم بالمفاوضة والخصوص بالعنان كما فى فتح القدير لا وجه له لان العنان قد تكون عامة أيضا ولذا قال فى البزازية شركة العنان عامة بان يشتركا فى أنواع التجارات كلها وخاصة وهو ان يشتركا فى شئ واحد كالثياب والرقيق اهـ وفى التتارخانية من شرائط المفاوضة أن تكون عامة فى عموم التجارات اليه أشار محمد فى الكتاب وذكر شيخ الاسلام فى

الاجر اهـ وهذه المسائل كثيرة الوقوع فلتحفظ وفى الخانية قبيل كتاب الاقرار ثم فى الدار المشتركة اذا كان أحدهما غائبا فان للحاضر ان يسكن كل الدار بقدر حصته وفى رواية له أن يسكن من الدار قدر حصته ولو خاف أن تخرب الدار بترك السكنى كان له أن يسكن كل الدار اهـ (قوله فاشرك فى طحنها) مصدر بمعنى اسم المفعول أى مطحونها (قوله جاز وله الخيار) مقتضاه ان

آخر باب شركة المفاوضة أنها تجوز فى نوع خاص أيضا اه ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الامانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله فى أيديهما يشتريان ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك وحاصل ماذكره المصنف فى شركة العقد انها مفاوضة وعنان وتقبل ووجوه وذكر الشارح رحمه الله انها ستة باعتبار انها شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة الوجوه وكل ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان وهو الاوجه وهو المذكور للشيخين الطحاوى والكرخى رحمهما الله ولان الاول يوهم أن الاخيرين لا يكونان مفاوضة ولا عنانا (قوله وهى مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا) بيان للنوع الاول من النوع الثانى قال فى القاموس المفاوضة الاشتراك فى كل شئ والمساواة اه ولذا قال فى الهداية لانها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هى من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا أى متساويين فلابد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك بالمال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة وكذا فى التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوى وكذا فى الدين اه وفى فتح القدير قوله اذ هى من المساواة تساهل اذ هى مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هى من التفويض أو من الفوض الذى منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة وظاهر كلام المصنف أنه لا يشترط التنصيص على المفاوضة فان صرحا بها ثبت أحكامها اقامة للفظ مقام المعنى لانه صار علما على تمام المساواة فى أمر الشركة وان لم يذكراها فلابد أن يذكرا تمام معناها بان يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان شاركتك فى جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وقدمنا انها تصح خاصة أيضا لكن قوله ان تضمنت وكالة زائد لانه لا يخص المفاوضة لان كل عقد شركة يتضمنها ولا تصح الا بها والمراد انما هو بيان خصائصها ولذا ذكر فى المحيط أن حكمها صيرورة كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى التجارة فى النصف واذا كان لاحدهما دنانير وللآخر دراهم أو لاحدهما سود وللآخر بيض جازت المفاوضة اذا استوت قيمتهما فى ظاهر الرواية لانهما متحدا الجنس من حيث المعنى وروى الحسن أنه لا يجوز لان المساواة بينهما لا تعرف الا بالقيمة وهى مجهولة وان تفاضلا فى القيمة لا تجوز المفاوضة فى ظاهر الرواية كذا فى المحيط (قوله فلا تصح بين حر وعبد وصبى وبالغ) تفريع على اشتراط المساواة فى التصرف لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبى لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولى أطلق العبد فشمل المكاتب وأشار الى أنها لا تصح بين العبدين والمكاتبين والصبيين لان الصبيين ليسا أهلا للكفالة ولو باذن الولى وأما العبدان وان كانا أهلا لها باذن المولى لكن يتفاضلان فيها لانهما يتفاوتان فى القيمة وقضية المفاوضة صيرورة كل واحد منهما كفيلا بجميع ما لزم صاحبه ولم يتحقق كذا فى المحيط (قوله ومسلم وكافر) أى لا تصح بينهما لعدم المساواة فى

وهى مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا فلا تصح بين حر وعبد وصبى وبالغ ومسلم وكافر

يجوز على أنه بيع ويشكل ذلك بان البيع بلا معرفة الثمن كيف يجوز فليتأمل ذلك (قوله وظاهر كلام المصنف الخ) أقول فى الولوالجية مانصه ولا تصح الشركة الا بلفظ المفاوضة ليكون اللفظ دليلا على معنى العموم اه

الدين وهـذا قولهما وقال أبو يوسف تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا أنه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها المسلم لا يصح أطلق الكافر فشمل المرتد ولذا قال في المحيط شارك المسلم المرتد مفاوضة أو عنانا لم تجز عند أبي حنيفة ان قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وان أسلم جازت وعندهما تجوز العنان دون المفاوضة وان شارك المسلم مرتدة صحت عنانا لا مفاوضة وينبغي أن تجوز المفاوضة عند أبي يوسف وتكره لان تصرفات المرتدة نافذة بالاجماع فساوت المسلم في التجارات وضمانها كالمسلم مع الذمي عنده ولهما انها وان ساوت المسلم في التجارات لكنها أدون من المسلم في بعض ما يستفاد بالتجارة فان المرتدة لو اشترت عبدا مسلما أو مصحفا فانه لا يبقى بيدها ولا يقر على ملكها بخلاف المسلم وغير المتقرر لا يساوي المتقرر وقيد بالمسلم والكافر لانها تجوز بين الذميين وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لاستوائهما في التجارة وضمانها لان الكتابي لو آجر نفسه للذبح يطالب به المجوسي وان كان لا يقدر على الذبح بنفسه لانه يقدر عليه بالمعين أو الاجير وهذا المجوسي لو آجر نفسه للذبح صح كالقصار مع الخياط اذا تفاوضا صار كل واحد منهما مطالبا على الآخر لانه يقدر عليه بمعين أو أجير كذا في المحيط ولو ارتد أحد المتفاوضين بطلت المفاوضة أصلا وقالا تصير عنانا كذا في التتارخانية معزيا الى السراجية وذكر قبله انها موقوفة عنده وانه يكره للمسلم أن يشارك الذمي اهـ يعني شركة عنان وفي الهداية وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما اهـ قال في النهاية بخلاف المفاوضة فانها عام لا غير اهـ وفيه ما علمت سابقا (قوله وما يشتريه كل يقع مشتركا الا الطعام أهله وكسوتهم) لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء أحدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع فلا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا أراد بالمستثنى ما كان من حوائجه فشمل شراء بيت للسكنى أو الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الادام والجارية التي يطؤها باذن الشريك فليس الكل على الشركة لما ذكرنا وانما استثنى الطعام وما معه من الشركة دون الضمان لانه وان لم يكن على الشركة فالآخر كفيل عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على المشتري وانما قيدنا في الجارية باذن الشريك لانه لو اشتراها للوطء أو للخدمة لنفسه بغير اذن شريكه فهي على الشركة كما في المحيط وسنبينه في آخر الباب وفي المحيط لو اشتريا بالمالين شيئين صفقتين فلكل واحد منهما على صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه لان كل واحد صار مشتريا النصف لنفسه والنصف لصاحبه بحكم الوكالة ولا يلتقيان قصاصا لان صفة المالين مختلفة بخلاف ما لو اشتريا بالمالين شيئين صفقة واحدة فانه لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء لان كل واحد منهما لم يصر وكيلا عن صاحبه في ذلك وتمامه فيه (قوله وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر) لانه كفيل وقد دخلت تحت التجارة ثمن المشترى في البيع الجائز وقيمته في الفاسد سواء كان مشتركا أو لنفسه

وما يشتريه كل يقع مشتركا الا الطعام أهله وكسوتهم وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر

وأجرة ما استأجره سواء كان استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة والمراد بالغصب ما يشبه ضمان التجارة فيدخل ضمان الاستهلاك والوديعة المجحودة أو المستهلكة وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فيصير في معنى التجارة وأما لزوم صاحبه بكفالته فهو قول الامام وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والمجنون والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء أما الاقراض فعن أبي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق مفاوضة كذا في الهداية وفي المحيط لو استقرض أحدهما لزم الآخر في ظاهر الرواية وليس لاحدهما الاقراض في ظاهر الرواية ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وقيد بالثلاث احترازا عن أرش الجنايات على بني آدم والمهر في النكاح وبدل الخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة لان هذه الاشياء لا يصح فيها الاشتراك بخلاف الثلاثة فانه يصح فيها الاشتراك وان لم تكن على الشركة كطعام أهله وفي القاموس التاجر الذي يبيع ويشتري والجمع تجار وتجار وتجر وتجر كرجال وعمال وصحب وكتب وقد تجر تجرا وتجارة اه ولو قال المصنف وكل شئ دون ان يقول كل دين لكان أولى ليشمل ما اذا آجر أحد المتفاوضين عبدا فان للمستأجر مطالبة الآخر بتسليم العبد كما ان للآخر أخذ الاجرة بخلاف ما اذا آجر عبدا من ميراث أو شيأ له خاصة ليس لشريكه أخذ الاجرة ولا للمستأجر مطالبته بتسليم المستأجر والفرق ان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في قبض الديون الواجبة في التجارة وكفيل بما وجب عليه بسبب التجارة واجارة العبد من تجارتهما من باب التجارة فصار كل واحد مطالبا ومطالبا فاما اجارة عبد له خاصة خرجت عن المفاوضة للضرورة بخلاف ما لو أجر أحدهما نفسه لان منافعه داخلة تحت المفاوضة ولا تبطل المفاوضة اذا آجر عبد الميراث وان كانت الاجرة نقدا الا اذا قبضها لان الدين لا تصح الشركة فيه كذا في المحيط وأطلق في لزوم الثلاثة فشمل ما اذا لزم أحدهما باقراره فانه يكون عليهما لانه أخبر عن أمر يملك استئنافه كذا في المحيط الا اذا أقر لمن لا تقبل شهادته له فانه يلزمه خاصة كاصوله وفروعه وامرأته وعندهما يلزم شريكه أيضا الا لعبده ومكاتبه ولو أقر لمعتدته المبانة لم يصح عند أبي حنيفة وروى الحسن انه يصح بناء على انه لا تقبل شهادته لمعتدته في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تقبل ولو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين يلزمهما وان كانت في عدته بخلاف المبانة المعتدة والفرق ان شهادته لام ولده المعتقة جائزة بخلاف المعتدة عن نكاح وتمامه في المحيط واذا باع أحد المتفاوضين من صاحبه ثوبا من شركته ليقطعه قميصا لنفسه جاز بخلاف ما اذا باع أحدهما من صاحبه شيأ من الشركة لاجل التجارة حيث لا يجوز وكذلك لو باع جارية ليطأها أو طعاما ليجعله رزقا لاهله جاز البيع كذا في الظهيرية وهذا يستثنى من قوله ما لزم أحدهما بالتجارة لزم الآخر فان المشتري من شريكه في صورة جواز البيع لزمه الثمن ولم يلزم شريكه فيقال الا اذا كان الدائن الشريك كما لا يخفى وأشار المصنف بلزوم الانواع الثلاثة الى ان الدعوى اذا وقعت على أحدهما فاراد المدعي استحلاف الآخر فان له ذلك

(قوله احترازا عن أرش الجنايات على بني آدم) قال في النهر أما الجناية على الدابة أو الثوب فتلزمه في قول الامام ومحمد لما أنه يملك المجني عليه بالضمان قاله الحدادي

قال

قال الولوالجي في فتاواه لو ادعى على أحد المتفاوضين بجحد فاستحلف فأراد المدعى استحلاف الآخر فان القاضي يستحلفه على علمه لان الدعوى على أحدهما دعوى عليهما ولو ادعى عليهما شيأ كان له أن يستحلف كل واحد منهما ألبتة لان كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه فايهما نكل عن اليمين يمضي الامر عليهما لان اقرار أحدهما كاقرارهما ولو ادعى على أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على علمه لانه فعل غيره فان حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه ألبتة لانه يستحلفه على فعل نفسه ولو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش واستحلفه ألبتة فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك وكذلك المهر والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه الاشياء غير داخلة تحت الشركة فلا يكون فعل أحدهما كفعلهما اه وشمل قوله بتجارة مهر المشتراة الموطوءة اذا استحقت قال في الظهيرية واذا وطئ أحد المتفاوضين الجارية المشتراة ثم استحقت الجارية فللمستحق أن يأخذ أيهما شاء بالعقر وليس ذلك كالمهر في النكاح لان العقر ههنا وجب بسبب التجارة بخلاف المهر اه ولو قال المصنف بعد هذه الكلية وكل شئ ثبت لاحدهما بتجارة ونحوها فللآخر قبضه والمطالبة به لكان أفود لما في الظهيرية فان باع أحد المتفاوضين أو أدان رجلا أو كفل له رجل بدين أو غصب مالا فلشريكه الآخر أن يطالب وكل شئ هو لاحدهما خاصة اذا باعه لم يكن لشريكه أن يطالب بالثمن ولا للمشتري أن يطالب الشريك بتسليم المبيع (قوله وبطلت ان وهب لاحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة) أي المفاوضة لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست شرطا فيها ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وسيأتي ان ما تصح فيه الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وأراد بالهبة الهبة مع القبض والصدقة كالهبة وكذا الوصية وكذا لو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء قيد بالزيادة في القدر احترازا عن الزيادة في القيمة فانها على ثلاثة أوجه فان حصل الفضل قبل الشراء بالمالين فسدت وان حصل الفضل بعد الشراء بالمالين وبعد التسليم الى البائع لا تفسد المفاوضة وان حصل بعد الشراء بالمالين وقبل التسليم الى البائع لا تفسد استحسانا وان حصل الشراء بأحد المالين ثم فضل أحد المالين فان فضل المال الذي حصل به الشراء لا تفسد المفاوضة وان فضل المال الذي لم يحصل به الشراء فسدت والفرق انه في القدر انما هو فضل أحدهما صاحبه فيما يصلح رأس مال المفاوضة فان المشترى بينهما على الشركة ولاحدهما زيادة دراهم بخلاف الزيادة من حيث القيمة بعد الشراء فانها حصلت في مال الغير لا في مال أحدهما فلم تفت التساوي في مالهما كذا في المحيط (قوله لا العرض) أي لا تبطل بملك العرض لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه ولو قال لا مالا تصح فيه لكان أولى لتدخل العقار والديون فانها لا تبطل بهما الا اذا قبض الديون (قوله ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما ضمن ولان

وبطلت ان وهب لاحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة لا العرض ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس

(قوله يستحلف كل واحد ألبتة) أي اليمين ألبتة فالبتة قائم مقام المفعول المطلق المحذوف قيام الصفة مقام الموصوف قاله بعض الفضلاء

أو لأن التصرف في العرض المبيع وفي النقود الشراء ولو بيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما أشياء بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وجعل المصنف الشركة بالنقدين رواية كتاب الصرف بناء على أنه لا يتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم وفي الجامع الصغير لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة ويتعين بالتعيين فلا يصلح رأس مال في المضاربات والشركات وصححه في الهداية لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لا يصرف إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا وتصلح رأس المال اهـ فيحمل ما في الكتاب على ما إذا جرى التعامل باستعمال التبر ثمنا وهو أولى من حمله على الرواية الضعيفة والتبر ما ليس بمضروب من الفضة والذهب وأطلق الفلوس وأراد بها الرائجة لأنها تروج رواج الأثمان فألحقت بها قالوا هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانهما على ما عرف أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد والأول أقيس وأظهر والأصح أنها جائزة بالفلوس عندهما أيضا لأنها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده ذكره الاسبيجابي ولذا اختاره في الكتاب وشمل قوله بغير النقدين المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط لأنها عروض محضة وكذا إن خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف فلكل منهما متاعه يختص بربحه ووضيعته وعند محمد تصح وتصير شركة عقد إذا كان المخلوط جنسا واحدا وثمرة الاختلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح أبي يوسف لا تصح وعند محمد تلزم وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لأنه بالتعيين فكان عرضا محضا ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط سيأتي في كتاب الوديعة ولم يقيد المصنف المال بالحضرة ولا بد منه قال في القنية عقدا شركة عنان بالدنانير ورأس مال أحدهما غائب لا تصح ولو دفعه بعد الافتراق عن المجلس ليشتري الشريك بالمالين على ذلك العقد تنعقد الشركة بالدفع اهـ وفي البزازية لا تصح بمال غائب أو دين ولا بد من أن يكون المال حاضرا مفاوضة كانت أو عنانا والمراد حضوره عند الشراء لا عند عقد الشركة لأنه لو لم يوجد عند عقدها تجوز ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع والحاصل بيننا أنصافا ولم يكن المال حاضرا وقت الشركة فبرهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز اهـ وفي الذخيرة إذا قال لغيره أقرضني ألفا أتجر بها ويكون الربح بيننا فأقرضه ألفا فاتجر بها وربح فالربح كله للمستقرض لا شركة للقرض فيه ولو دفع إلى رجل ألفا وقال اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل أن يشتري فلا ضمان عليه وهذا ليس بقرض وإنما هو شركة ولو اشترى بالمال ثم هلك المال فعلى الآمر ضمان نصف المال وعلى المشتري نصف ذلك اهـ (قوله ولو باع كل عرضه بنصف عرض الآخر وعقدا الشركة صح) بيان للحيلة في الشركة بالعروض فإن فسادها بها ليس لذاتها بل للازم الباطل من أمرين أحدهما لزوم ربح ما لم يضمن والثاني جهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف في هذه الصورة فيكون كل ما

ولو باع كل عرضه بنصف عرض الآخر وعقدا الشركة صح

(قوله تنعقد الشركة بالدفع) ظاهره أنها تنعقد بالدفع بعد فسادها بالافتراق بلا دفع وظاهر ما يأتي عن البزازية يفيد جوازها موقوفا على احضار المال وقت الشراء تأمل والذي في الفتح موافق لما في البزازية فإنه قال ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء ثم ذكر مسئلة ما لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها

بربحه الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزر فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل بينهما نصفان وفي قوله وعقد الشركة اشارة الى ان بالبيع صارت شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد أن يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد بعده صارت شركة عقد فيجوز لكل منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه كذا في التبيين وصرح في الهداية بان هذا شركة ملك وفي فتح القدير انه مشكل ولعله فهم ان الاشارة عائدة الى الكل وليس كذلك وانما هي عائدة الى البيع فقط وأطلق في قيمة متاعهما وقيده في الهداية بان تستوي القيمتان ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة وأوضحه في النهاية بان تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فانه يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح كله بينهما على قدر رأس ماليهما اه وزده في التبيين بان هذا القيد غير محتاج اليه لانه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بان باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر فعلم بذلك ان قوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العرض الذي باعه جاز أيضا اه وفي الذخيرة وعلى هذا لو كان عبد بين رجلين اشتركا فيه شركة عنان أو مفاوضة جاز اه وفي المحيط رجلان لكل واحد منهما طعام فاشتركا بماليهما وخلطاهما وأحدهما أجود من الآخر فالشركة جائزة والثمن بينهما نصفان لان هذا يشبه البيع حين خلطه على انه بينهما وقال في موضع آخر نص في هذا الكتاب يقسم الثمن على قيمة الجيد وقيمة الردي يوم باعا اه هذا يقتضي أن تكون شركة ملك لا عقد (قوله وعنان ان تضمنت وكالة فقط) بالرفع عطف على مفاوضة بيان للنوع الثاني من شركة العقد وفي القاموس انها على وزن كتاب في الشركة أن يكون في شيء خاص دون سائر ماليهما أو هو ان يعارض رجلا بالشراء فيقول اشركني معك أو هو ان يكونا سواء في الشركة لان عنان الدابة طاقتان متساويتان اه وانما انعقدت على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بينا ومعنى قوله فقط انها لا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له أي اعترض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ فظاهر كلامه انهما لو عقداها على الكفالة لا تكون عنانا لكنه مقيد بما اذا كانت باقي شروط المفاوضة متوفرة فحينئذ تكون مفاوضة وان لم تكن متوفرة ينبغي أن تكون عنانا وان يكون معنى قولهم لا تنعقد على الكفالة ان ذكر الكفالة فيها ليس بشرط لا ان عدم ذكرها شرط لكن في فتح القدير ثم هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن أن يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة الآخر زيادة على نفس الشركة كما انها تكون عنانا مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا أن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا فلا تصح اه وفي البزازية ولكونها لا تقتضي الكفالة تنعقد ممن ليس باهل للكفالة بان كان أحدهما صبيا

وعنان ان تضمنت وكالة فقط

(قوله وانما هي عائدة الى البيع فقط) قال في النهر كيف يصح هذا مع قوله في الهداية لما بينا ان العرض لا يصلح مال الشركة (قوله هذا يقتضي أن تكون شركة ملك لا عقد) كذا في بعض النسخ والاشارة الى قول المحيط وقال في موضع آخر وفي النهر بعد ذكر ما في المحيط والثاني بالقواعد أليق (قوله ينبغي أن تكون عنانا) قال في الخانية ولا يكون في شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه اذا لم يذكر الكفالة بخلاف المفاوضة (قوله الا أن الاول قد يرجح الخ) قد علمت ما نقلناه عن الخانية فان مقتضاه صحة الكفالة وان كانت لمجهول وليست ضمنا ولعل وجهه ان العنان وان كانت لا تقتضي الكفالة أي لا تستلزمها لعدم ما يوجبها فذلك لا يوجب عدم لزومها فيها مع التصريح بها

مأذونا فى التجارة أو كلاهما أو أحدهما معتوها يعقل البيع والشراء أو كلاهما أو أحدهما مأذونا اه وأطلقها فشمل ما اذا كانت خاصة أو عامة وما اذا كانت مطلقة عن التقييد بوقت أو مقيدة به لانها مبنية على الوكالة وهى تصح عاما وخاصا مطلقا وموقتا فكذا الشركة وهل تتوقت هذه الشركة بالوقت روى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انها تتوقت حتى لا تبقى الشركة بعد مضى الوقت وقال الطحاوى هذه الرواية مما لا تكاد تصح على ما روى عنهم فى الوكالة ان من وكل رجلا بشراء عبد أو ببيعه اليوم لا تتوقت الوكالة باليوم واذا لم تتوقت الوكالة لا تتوقت الشركة ضرورة وقال غيره من مشايخنا بان هذه الرواية صحيحة فى الشركة فصارت الشركة والوكالة على الروايتين فى رواية يتوقتان لانهما يقبلان الخصوص فى النوع فيقبلان التوقيت بالوقت وفى رواية لا يتوقتان لان ذكره قد يكون لقصرهما عليه وقد يكون لاستعجال العمل فيما لا يحتاج الى التوقيت وهما ثابتان للحال بيقين ووقع الشك فى ارتفاعهما بمضى الوقت فلا يرتفعان بالشك ولهذا لا يتوقت الاذن كذا فى المحيط (قوله وتصح مع التساوى فى المال دون الربح وعكسه) وهو التفاضل فى المال والتساوى فى الربح وقال زفر والشافعى لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدى الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال لان الشركة عندهما فى الربح كالشركة فى الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك فى الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى أو أكثر عملا فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل قيد بالشركة فى الربح لان اشتراط الربح كله لاحدهما غير صحيح لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا الى قرض باشتراطه للعامل أو الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما وقد أطلق المصنف تبعا للهداية جواز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال وقيده فى التبيين وفتح القدير بان يشترطا الاكثر للعامل منهما أو لا كثرهما عملا أما ان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا فلا يجوز ولم يشترط المصنف لاستحقاق الربح المشروط اجتماعهما على العمل لانه غير شرط لتضمنها الوكالة ولذا قال فى البزازية اشتركا وعمل أحدهما فى غيبة الآخر فلما حضر أعطاه حصته ثم غاب الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب أبى أن يعطيه حصته من الربح ان كان الشرط أن يعملا جميعا وشتى فما كان من تجارتهما من الربح فبينهما على الشرط عملا أو عمل أحدهما فان مرض أحدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما وفى المحيط ثم المسئلة على ثلاثة أوجه الاول ان يشترطا العمل عليهما والربح بينهما نصفين والوضيعة

صريحا أو دلالة فالتصريح بها تصريح بما هو جائز فيها فيثبت تبعا لها كما تثبت الكفالة فى المفاوضة اذا لم يصرح بلفظ المفاوضة بل صرح بتمام معناها كما مر ولا يخفى ان فيه التصريح بالكفالة فقد تمت الكفالة فيه مع التصريح بها ولم تجعل قصدا بل ضمنا

(قوله أما ان شرطاه للقاعد الخ) لم يذكر ما لو اشترطاه للقاعد وكان ماله أكثر كما لو وضع القاعد تسعة آلاف مثلا ووضع العامل ألفا واشترطا ثلثى الربح للقاعد والثلث للعامل وهذه تقع كثيرا ويؤخذ عدم الجواز من قول المحيط الآتى قريبا وان شرطا العمل على أقلهما ربحا خاصة لا يجوز والربح

وتصح مع التساوى فى المال دون الربح وعكسه

بينهما على قدر رأس مالهما فانه يفيد انه اذا اختلف رأس المال وكان العامل هو الاقل ربحا لا يجوز الشرط بل يكون الربح على قدر المال وحينئذ فيحصل على العامل اجحاف زائد لانه يحصل له فى صورتنا المذكورة عشر الربح مع تعبه فى العمل لكن ما ننقله قريبا عن الظهيرية فيه ما يفيد الجواز فتأمله (قوله وفى المحيط ثم المسئلة على ثلاثة أوجه الخ) ذكر ذلك فى الظهيرية ثم قال بعده بيان ما ذكرنا فيما ذكر محمد فى الاصل اذا جاء أحدهما بألف درهم والآخر بالفين واشتركا على أن الربح بينهما نصفان والعمل عليهما فهو جائز ويصير صاحب الالف فى معنى المضارب الا ان معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والعبرة للاصل دون التبع فلا يضرهما اشتراط العمل عليهما وان اشترطا العمل على صاحب الالف فهو جائز وان اشترطا العمل على صاحب الالفين لا يجوز وان اشترطا الربح على قدر رأس مالهما أثلاثا والعمل من أحدهما على

كان جائزا وان شرطا أن يكون الربح والوضيعة بينهما نصفين فشرط الوضيعة نصفين فاسد ولكن بهذا لا تبطل الشركة لان الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة اهـ أقول وقوله وان اشترطا الربح على قدر راس مالهما الخ يفيد الجواز في المسئلة التي ذكرناها قريبا الان قوله والعمل من أحدهما يشمل مالو كان العامل صاحب الالف الذي ربحه أقل من صاحب الالفين فيفيد صحة اشتراط كون الربح أكثر للقاعد اذا كان رأس ماله أكثر من رأس مال العامل تأمل هذا وقد ذكر الشارح الزيلعي في أول كتاب المضاربة عند قوله والمضارب أمين الخ ما نصه واذا أراد أن يجعله عليه مضمونا أقرضه رأس المال كله وأشهد عليه وسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به (٧) في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض وان لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل أو أقرضه كله الا درهما منه وسلمه اليه وعقد الشركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه اهـ كلام الزيلعي وهو صريح في أن اشتراط العمل على الاكثر مالا جائز وهو مخالف لما تقدم عن الاصل من قوله وان اشترطا العمل على صاحب الالفين لا يجوز تأمل ثم رأيت في كتاب الشركة من الخانية

وبعض المال وبخلاف الجنس وعدم الخلط وطولب المشتري بالثمن فقط ورجع على شريكه بحصته منه

على قدر رأس المال فان عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما على ما شرطا وان شرطا العمل على أحدهما ينظران شرطا العمل على أكثرهما ربحا جاز وان شرطاه على أقلهما ربحا خاصة لا يجوز والربح بينهما على قدر رأس مالهما اهـ وفي الظهيرية لو قال أحد الشريكين لصاحبه لا أعمل معك بالشركة فهذا بمنزلة قوله فاسختك اهـ (قوله وببعض المال) يعني يصح أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليس بشرط اذ اللفظ لا يقتضيه وقدمنا ما تصح به الشركة من الاموال مفاوضة أو عنانا (قوله وبخلاف الجنس) بان يكون من أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم لعدم اشتراط الخلط عندنا فجازت في متحد الجنس ومختلفه وتجوز مع اختلاف الوصف فقط بالاولى كما اذا كان من أحدهما دراهم سود ومن الآخر دراهم بيض وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرطا (قوله وعدم الخلط) أي تصح وان لم يخلطا المالين لان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة ولا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصارت كالمضاربة (قوله وطولب المشتري بالثمن فقط) أي دون صاحبه لما بينا انها تتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل الاصيل هو في الحقوق (قوله ورجع على شريكه بحصته منه) أي من الثمن اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان ذلك لا يعرف الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة

ما نصه ولو تفاوتا في المال في شركة العنان وشرطا الربح والوضيعة نصفين قال في الكتاب الشركة فاسدة قالوا لم يرد محمد رحمه الله تعالى بهذا افساد العقد انما أراد به فساد شرط الوضيعة لان الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة اهـ فهذا باطلاقه يشمل ما اذا كان العمل منهما أو من أحدهما سواء كان صاحب الاكثر أو الاقل والذي يتعين المصير اليه في التوفيق هو ان يقال اذا اشترطا العمل على أحدهما لا يصح أن يكون هو الاقل ربحا بل يكون الربح على قدر مالهما اما اذا شرطا العمل عليهما وشرطا التفاضل في الربح وكان مال أحدهما أكثر أو لا يصح ذلك سواء عملا أو عمل أحدهما متبرعا فيحمل كلام المحيط على ما اذا شرطا العمل على أحدهما كما هو صريح عبارته ويحمل كلام الزيلعي على ما اذا شرطاه عليهما ثم يعمل أحدهما متبرعا بلا شرط ثم رأيت المؤلف صرح بما يدل على ذلك قبيل باب الكفالة في بحث ما لا يبطل بالشرط الفاسد حيث قال ما نصه قوله والشركة بان قال شاركتك على أن تهديني كذا ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية لو شرطا العمل على أكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما اثلاثا اهـ وقد وقعت حادثة توهم بعض حنفية العصر انها من هذا القبيل وليس كذلك هي تفاضلهما في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالا بالعمل فاجبت بان الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما مالا والتبرع ليس من قبيل الشرط

٧ (قوله في العمل) أي فيكون المال عنده بضاعة وهذا جائز كافة المتون اهـ منه

والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة اشترى حطبا في قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء احمله الى منزلي لا يفسد العقد لان هذا ليس بشرط في البيع بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اهـ الى هنا كلام المؤلف صاحب البحر وهو صريح فيما ١٩٠ قلنا والله أعلم (قوله وأحد شريكي العنان لا يملك الاستدانة الخ) أقول وفي الخانية وإذا اشترى كالشركة عنان فاشترى أحدهما متاعا فقال الشريك الآخر هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة اشتريته بمالي لنفسي قبل الشركة كان القول قول المشتري لانه حر يعمل لنفسه فيما اشترى فيكون القول قوله مع يمينه بالله تعالى ما هو من شركتهما

وتبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري بينهما ورجع على شريكه بحصته

الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه هذا إذا ادعى من ماله مع بقاء مال من الشركة ولذا قال في المحيط ان لم يكن في يده مال ناض وصار مال الشركة أعيانا أو أمتعة فاشترى بدراهم أو دنانير نسيئة فالشراء له خاصة دون شريكه لانه لو وقع على الشركة صار مستدينا على مال الشركة وأحد شريكي العنان لا يملك الاستدانة الا أن يأذن له في ذلك وعن الامام اذا كان في يده دنانير واشترى بدراهم جاز ولو اشترى من جنس تجارتهما وأشهد عند الشراء انه يشتريه لنفسه فهو مشترك بينهما لانه في النصف بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين ولو اشترى ما ليس من تجارتهما فهو له خاصة لان هذا النوع من التجارة لم ينطو عليه عقد الشركة اهـ (قوله وتبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء) لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك أحدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا بشركته في ماله واذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين (قوله وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري بينهما) يعني على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك وانما لم يقل على ما شرطا للاختلاف في هذه الشركة فعند محمد هي شركة عقد فيكون الربح على ما شرطا وأيهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشتري فلا تنقض بهلاك المال بعد تمامها وعند الحسن بن زياد هي شركة ملك لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك واعلم ان الواو في قوله وهلك بمعنى ثم لانه لو هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة وكان مشتركا بحكم الوكالة وتكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لانها مقصودة ولهذا جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد في بعض المواضع فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبها وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمل الاول ما اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكر (قوله ورجع على شريكه بحصته

اهـ أقول وقد وقعت حادثة الفتوى اشترى أحدهما متاعا وقال هو للشركة وقد دفعت ثمنه من مالي لارجع عليك بحصتك من الثمن فقال الآخر دفعت ثمنه من مال الشركة ولا رجوع لك على والذي يظهر ان القول قول المشتري لما ذكر قاضيخان أنه حر الخ وذلك لانه لما صدقه في الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصف الثمن بذمته وقوله منه دفعت من مال الشركة دعوى وفائه فلا يقبل بلا بينة ولذلك قالوا فان كان شراؤه لا يعرف الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر وهنا ليس منكرا بل مقر بالشراء الموجب لتعلق الثمن بذمته واذا طلب اليمين أنه ما دفعه من مال الشركة فله ذلك تأمل رملي (قوله ولو اشترى من جنس تجارتهما وأشهد الخ) أقول في فتاوى قارئ الهداية ما نصه اذا اشترى أحد الشريكين عينا ونقد الثمن من مال الشركة ثم ادعى شراءه لنفسه خاصة فهل يقبل قوله أم لا أجاب ان كانت شركة عنان وله

منه) أى من الثمن لانه وكيل فى حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه وفى المحيط لاحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة وللآخر ألف درهم فاشتركا عنانا وشرطا الربح والوضيعة على رأس المال فاشترى صاحب الدراهم جارية ثم هلكت الدنانير فالجارية بينهما وربحها أخماسا ثلاثة أخماسه لصاحب الدنانير وخمسان لصاحب الدراهم لما بينا ان حال شرائها كانت الشركة قائمة وبهلاك أحد المالين لا تنتقض الشركة والربح يقسم على قدر ماليهما يوم الشراء ومقدار رأس ماليهما يوم الشراء على خمسة أسهم خمسان لاحدهما وثلاثة أخماسه للآخر ويرجع صاحب الدراهم على الآخر بثلاثة أخماس الالف لانه صار وكيلا عن صاحبه بالشراء فى ثلاثة أخماس الجارية وقد نقد ذلك من ماله ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير عليه بخمسى الثمن أربعون دينارا لما عرف فان اشترى صاحب الدنانير بها غلاما والآخر بالفه جارية وقبضا وهلكا يهلكان من ماليهما الا ان كل واحد حينما اشترى كانت الشركة بينهما قائمة وتمامه فيه (قوله وتفسد ان شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع حق الشركة فعساه لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما ونظيره فى المزارعة اذا اشترط لاحدهما اقفزا مسماة وفى الخانية ولو تفاوتا فى المال فى شركة العنان وشرطا الربح والوضيعة نصفين قال فى الكتاب الشركة فاسدة قالوا لم يرد محمد بهذا فساد العقد وانما أراد به فساد شرط الوضيعة لان الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا لو شرطا الوضيعة على المضارب كان فاسدا اهـ وهذا صريح فى ان الذى يبطل بالشرط الفاسد انما هو الشرط لا الشركة قال فى الفتاوى الصغرى وذكر خواهر زاده فى أول المضاربة الشركات لا تبطل بالشروط الفاسدة لان فيها معنى الوكالة والوكالات لا تبطل بالشروط واذا شرط فى المضاربة ربح عشرة أو فى الشركة تبطل لا لانه شرط فاسد بل لانه شرط تنتفى به الشركة وعسى أن يجرى على اطلاقه من ان الشركات والمضاربات لا تبطل بالشروط الفاسدة اهـ (قوله ولكل من شريكى العنان والمفاوضة أن يبضع ويستأجر ويودع ويضارب ويوكل) بيان لما لكل منهما أن يفعله أما البضاعة فلانها معتادة فى عقد الشركة وفى القاموس الباضع الشريك والجمع بضع من بضع كمنع بضوعا اهـ والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على ان يكون الربح لرب المال ولا شئ للعامل وأما الاستئجار فلكونه معتادا بين التجار وأطلقه فشمل ما اذا استأجر رجلا ليتجر له أو ليحفظ المال وأما الايداع فبجوازه بالاولى لانه استحفاظ بغير أجر وأما المضاربة فلكونها دون الشركة فتتضمنها وعن أبى حنيفة ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول أصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان فى ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشئ لا يستتبع مثله كذا فى الهداية وبهذا علم انه ليس للشريك أن يشارك بخلاف المضاربة ولذا قال ويضارب ولم يقل ويشارك قال فى الجوهرة الا باذن شريكه وأما التوكيل فلانه من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل المعين فلا يستتبع مثله ولم يذكر المصنف بقية أحكام الشريك وهى مهمة فمنها العارية قال الحاكم فى الكافى وليس له أن يعير فى القياس فان فعل فان أعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس فيه ان المعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه ولكنى أستحسن أن لا أضمنه وهذا قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وكذلك لو أعار ثوبا

منه وتفسد ان شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح ولكل من شريكى العنان والمفاوضة أن يبضع ويستأجر ويودع ويضارب ويوكل

بينة تشهد انه عند العقد صرح بالشراء لنفسه خصوصا فالمشترى له وان لم يكن له بينة فان نقد من مال شريكه فالمشترى على الشركة اهـ فتأمل ورأيت بخط بعض العلماء ان ما ذكره قارئ الهداية لم يستند فيه الى نقل فلا يعارض ما فى المحيط اهـ ويمكن الجواب بحمل ما فى فتاوى قارئ الهداية على ما اذا لم يكن من جنس تجارتهما فيحصل التوفيق تأمل (قوله وبهذا علم انه ليس للشريك ان يشارك) ليس هذا على اطلاقه كما سننبه عليه المؤلف بعد ورقة

أو دارا أو خادما اه ومنها الرهن فإن كان شريك عنان فليس له ذلك قال الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الرهن اذا رهن أحد شريكي العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه من قبل انه لم يسلطه أن يرتهن فإن هلك الرهن وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده بمنزلة الاستيفاء ثم قال بعده ويجوز لاحد المتفاوضين أن يرهن ويرتهن على شريكه كذا في غاية البيان وفي المحيط لا يرهن أحدهما شيئا من الشركة بدين عليه الا باذن شريكه وكذا لا يرتهن رهنا بدين من الشركة في نصيب شريكه الا اذا ولي عقده أو يأمر من يوليه اه وفي الخانية ولمن ولي المبايعة أن يرهن بالثمن ومنها ليس له أن يكاتب لانه ليس من عادة التجار كذا في الجوهرة وكذا ليس له تزويج الامة وقضاء الدين كما في المحيط ومنها اذا أخذ أحدهما مالا مضاربة فالربح له خاصة أطلق الجواب في الكتاب وهو على التفصيل ان أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة لانه لم يدخل تحت عقد الشركة وكذلك ان أخذ المال مضاربة بحضرة صاحبه ليتصرف فيما هو من تجارتهما وأما اذا أخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما أو مطلقا حال غيبة شريكه يكون الربح بينهما مشتركا نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال كذا في المحيط فقوله في الكتاب يضارب يعني يدفع المال مضاربة وأما أخذه المال مضاربة ففيه التفصيل كما علمت ومنها تأجيل أحدهما الدين قال في المحيط وان كان لهما دين على آخر فأجله أحدهما فهو على ثلاثة أوجه ان أجله العاقد جاز في النصيبين ولا يضمن نصيب شريكه عندهما وعند أبي يوسف يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيب شريكه وأصله الوكيل بالبيع اذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله عندهما خلافا لابي يوسف الا ان هناك يضمن من ماله لموكله عندهما وهنا لا يضمن لان العاقد هنا لو أقال العقد ثم باعه بنفسه جاز فلما ملك انشاء البيع بثمن الى أجل فلأن يملك التأجيل فيه أولى ولو أجل غير العاقد أو عقدا جميعا فأجله أحدهما لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في نصيبه ومنها انه لا يملك الاقراض ولو مفاوضا في ظاهر الرواية لانه اعارة حكما وعرفا فهي تبرع فلا يملكه أحدهما كذا في المحيط وقدمنا ان العارية ممنوعة قياسا جائزة استحسانا وهو يقتضي جواز الاقراض لانه اما عارية واما معاوضة وكل منهما يملكه أحدهما فاذا روى الحسن انه يملك الاقراض ومنها انه يملك السفر بالمال هو والمستبضع والمضارب والمودع عندهما خلافا لابي يوسف سواء كان له حمل ومؤنة أو لا لان ما يلحقه من المؤنة فهو ملحق برأس المال ولا يعده التجار من باب الغرامة ثم اعلم انه يجوز للمفاوض ما لا يجوز لشريك العنان فيجوز له كتابة العبد والاذن بالتجارة وتزويج الامة دون شريك العنان ولا يجوز للكل تزويج العبد ولا الاعتاق على المال وقبول هدية المفاوض وأكل طعامه والاستعارة منه بغير اذن شريكه جائز ولا ضمان على الآكل والمتصدق عليه استحسانا ولو كسى ثوبا أو وهبه لم يجز في حصة شريكه وانما يجوز في الفاكهة والخبز واللحم وأشباههم ولو وكل المفاوض رجلا بشراء شيء فنهاه الآخر صح نهيه وان لم ينهه حتى اشترى يرجع بالثمن على أيهما شاء وللغير المشتري أن يرد المبيع بالعيب ولو شارك أحدهما آخر عنانا جاز عليهما لان شركة العنان أخص وأدون من المفاوضة وان شارك مفاوضة جاز باذن شريكه وبدون اذنه تنعقد عنانا كذا في المحيط وبه تبين

(قوله وقبول هدية المفاوض) ينبغي تقييد الهدية بالمأكول لما لا ثم قوله ولو كسى ثوبا أو وهبه لم يجز وأما تقييده بالمفاوض فاتفاقي ولو أبدله بالشريك لكان أولى قاله أبو السعود

(قوله لانه لوصار على الشركة يصير مستدينا وانه لا يملك ذلك) تقدم قبيل ورقتين عن المحيط زيادة الا أن يأذن له فى ذلك وبه يشعر قوله فى الولوالجية لانه لو وقع مشتركا تضمن ايجاب مال زائد على الشركة وهو لم يرض بالزيادة على رأس المال اه (قوله وكذا لوحط أو اخر الخ) أى حط عن المشترى بعض الثمن بمقابلة العيب أو اخر عنه الثمن أى أجله عليه للعيب وما ذكره هنا ذكر مثله فى الخلاصة والولوالجية وذكر فى الخانية فى فصل شركة العنان ولو باع أحدهما فرد عليه بعيب بغير قضاء جاز عليهما وكذا لوحط الثمن أو وهب بعض الثمن اه فيحمل على ما اذا كان ذلك بمقابلة العيب بقرينة صدر المسئلة وذكر فى الخانية أيضا ولو ابرأ أحدهما صح ابراؤه عن نصيبه اه وهذا محمول على ما اذا لم يكن بمقابلة عيب وبه يحصل التوفيق بين كلامهم تأمل ثم هذا فى شركة العنان اما فى شركة المفاوضة فقال فى الخانية ولو باع أحدهما شيأ ثم وهب الثمن ١٩٣ من المشترى أو أبرأه جاز فى قول أبى حنيفة ويضمن نصيب صاحبه كالوكيل بالبيع اذا فعل ذلك اه ومثله فى الظهيرية كما سينقله المؤلف عنها (قوله لان التوكيل به لا يصح) قال فى الخانية الا أن يقول الوكيل للمقرض ان فلانا يستقرض منك ألف درهم فحينئذ يكون المال على الموكل لا على الوكيل (قوله وفى الخانية ليس لاحدهما الخ) ذكر فى الخانية هذه المسائل فى فصل شركة العنان (قوله ولو استقرض أحد شريكى العنان مالا الخ) لا ينافى ما مر قريبا من أنه لو أذن كل منهما للآخر بالاستقراض لا يرجع المقرض على الآخر لانه

لا يلزم من كون ما استقرضه أحدهما يلزمهما أن يرجع المقرض على الآخر نظيره ما لو اشترى شيأ طولب المشترى فقط كما مر (قوله ولو أقر الخ) قال فى جواهر الفتاوى من أول باب الشركة تصرف أحد الشريكين فى البلد والآخر فى السفر فلما أرادا القسمة قال الذى فى يده المال قد استقرضت مائة دينار وآخذ عوضها ان كان المال فى يد المقر فالاقرار صحيح وله أن يأخذ المائة اه وبمثله افتى العلامة خير الدين وقال فى حاشيته على المنح ما نصه أقول ووجه ذلك أنه اذا كان المال فى يده وقد تقرر انه أمين فقد ادعى ان مائة دينار منها حق الغير بخلاف ما اذا لم يكن فى يده لانه يدعى دينا عليه فلا يقبل وأقول لو قال لى فى هذا المال الذى فى يدى كذا يقبل أيضا لانه ذو اليد والقول قول ذى اليد فيما بيده انه له كما يقبل قوله انه للغير تأمل وهى واقعة الفتوى وبه افتيت اه كلامه لكن يرد على ما فى الجواهر عبارة الخانية ويمكن الجواب بحمل ما فى الخانية على ما اذا لم يكن المال فى يده وما فى الجواهر على ما اذا كان فى يده كما يستفاد من عبارة الجواهر وتعليل الشيخ خير الدين والمطلق يحمل على المقيد

ان قولهم كما كتبناه أولا ان الشريك ليس له أن يشارك ليس على اطلاقه وفى البزازية لكل من الشريكين أن يبيع بالنقد والنسيئة وان اشترى ان كان فى يده مال الشركة فهو على الشركة وان لم يكن فان اشترى بدراهم أو دنانير فالشراء له خاصة دون شريكه لانه لو صار على الشركة يصير مستدينا وانه لا يملك ذلك وان قال أحدهما للآخر بع جازت وان باع أحدهما متاعا ورد عليه فقبله جاز ولو بلا قضاء وكذا لو حط أو أخر من عيب وان بلا عيب جاز فى حصته وكذا لو وهب ولو أقر بعيب فى متاع باعه جاز عليهما ولو قال كل منهما للآخر اعمل برأيك فلكل منهما أن يعمل ما يقع فى التجارة كالرهن والارتهان والسفر والخلط بماله والشركة بالغير لا الهبة والقرض وما كان اتلافا للمال أو تمليكا بغير عوض فانه لا يجوز وان قال له اعمل برأيك ما لم يصرح به نصا وان أذن كل منهما للآخر بالاستقراض لا يرجع المقرض على الآخر لان التوكيل به لا يصح ولو باع أحدهما لم يكن للآخر قبض الثمن وكذا دين وليه أحدهما وللمديون أن يمتنع من الدفع اليه وان دفع الى الشريك برئ من نصيبه ولم يبرأ من حصة الدائن استحسانا والقياس أن لا يبرأ من حصة القابض أيضا اه ثم قال بعده بيع المفاوض ممن لا تقبل شهادته له ينفذ على المفاوضة اجماعا أما الاقرار بالدين لا ينفذ عنده وفى الخانية ليس لاحدهما أن يخاصم فيما باع صاحبه وقبض الذى باع وتوكيله جائز عليه وعلى شريكه ولو وكل أحدهما رجلا فى بيع أو شراء وأخرجه الآخر عن الوكالة صار خارجا عنها فان وكل البائع رجلا بتقاضى ثمن ما باع ليس للآخر أن يخرجه عن الوكالة ولو قال أحدهما لصاحبه اخرج الى نيسابور ولا تجاوز فجاوز فهلك المال ضمن حصة الشريك ولو شارك أحدهما رجلا شركة عنان فما اشترى الشريك الثالث كان النصف للمشترى والنصف بين الشريكين الاولين وما اشتراه الشريك الذى لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ منه للشريك الثالث ولو استقرض أحد شريكى العنان مالا للتجارة لزمهما لانه تمليك مال بمال فكان بمنزلة الصرف ولو أقر أحد الشريكين انه استقرض من فلان ألفا من تجارتهما تلزمه خاصة

اذا تحدث الحادثة والحكم كذا فى المجموعة الصغيرة بخط ملا على التركمانى أمين الفتوى بدمشق رحمه الله تعالى (قوله وفى الظهيرية اذا باع أحد المتفاوضين شيأ الخ) انظره مع مامر عن البزازية من قوله وما كان اتلافا للمال أو تمليكا بغير عوض فانه لا يجوز ثم راجعت الظهيرية فرأيته قال ويضمن نصيب صاحبه بعد قوله جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد وكذا قال فى الخانية كما قدمناه عنها (قوله وظاهر كلام الولوالجى الخ) قال الرملى ليست هذه عبارته وانما عبارته ولو وكل بقبض وديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت فى حياته وهلك وانكرت الورثة أو قال دفعته اليه صدق ولو كان دينا لم يصدق لان الوكيل فى الموضعين حكى أمرا لا يملك استئنافه لكن من حكى أمرا لا يملك استئنافه ان كان فيه ايجاب الضمان على الغير لا يصدق وان كان فيه نفى الضمان عن نفسه صدق والوكيل بقبض الوديعة فيما يحكى ينفى الضمان عن نفسه فصدق والوكيل بقبض الدين فيما يحكى يوجب الضمان على الموكل وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اه فكلام الولوالجى فى دعوى القبض وانكار الورثة ذلك لا فى دعوى الدفع فى الدفع اذ لو صدقته الورثة فى

ويده فى المال أمانة

القبض وأنكرت الدفع يقبل قوله بلا شبهة والظاهر انه أراد نقل ذلك بالمعنى فتصرف فى العبارة فافسده (قوله الثانية نهاه عن الاخراج) فى مضاربة الجوهرة ما يؤيده ونصه عند قول القدورى وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوز ذلك فان خرج الى غير ذلك البلد أو دفع المال الى من أخرجه لا يكون مضمونا عليه بمجرد الاخراج حتى يشترى به خارج البلد فان لا
هلك المال قبل التصرف فلا ضمان عليه وكذا لو اعاده الى البلد عادت المضاربة كما كانت على شرطها وان اشترى به قبل العود صار مخالفا ضامنا ويكون ذلك له لانه تصرف بغير اذن صاحب المال فيكون له ربحه وعليه وضيعته لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابى يوسف وان اشترى ببعضه وأعاد بقيته الى البلد ضمن قدر ما اشترى به ولا يضمن قدر ما أعاد اه وفيها أيضا والفاظ التخصيص والتقييدان يقول خذ هذا مضاربة بالنصف على ان تعمل به فى الكوفة أو فاعمل به فى الكوفة اما اذا قال واعمل به فى الكوفة بالواو لا يكون تقييدا اذ له أن يعمل فيها وفى غيرها لان الواو حرف عطف ومشورة وليست من حروف الشرط (قوله أحدها متولى المسجد) التقييد بمتولى المسجد أخرج غيره كمتولى وقف على جماعة وقد أوضح المقام العلامة البيرى فى حاشية

اه وفى الظهيرية اذا باع أحد المتفاوضين شيأ من تجارتهما ثم ان البائع وهب الثمن من المشترى أو أبرأه منه جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف ولو وهب غير البائع جاز فى حصته فقط اجماعا (قوله ويده فى المال أمانة) أى الشريك لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة كذا فى الهداية وخرج بالاول المقبوض على سوم الشراء وبالثانى الرهن كما فى النهاية وظاهر كلامهم هنا انه لو ادعى دفع المال الى شريكه فالقول له مع اليمين سواء كان فى حياته أو بعد موته وظاهر كلام الولوالجى فى الوكالة يفيده فانه قال اذا ادعى الامين بعد الموت الدفع فى الحياة وأنكر الوارث فان كان المقصود نفى الضمان عن نفسه كالوكيل بقبض الوديعة فالقول قوله وان كان المقصود ايجاب الضمان على الميت كالوكيل بقبض الدين لا يقبل قوله اه وفى البزازية من باب التحالف ولو ادعى المضارب أو الشريك دفع المال وأنكره رب المال يحلف المضارب أو الشريك الذى كان فى يده المال اه ولا يخفى انه اذا تعدى صار ضامنا لانه حكم الامانات قال فى البزازية التقييد بالمكان صحيح حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه اخرج الى خوارزم ولا تجاوز عنه صح فلو جاوز عنه ضمن حصة شريكه والتقييد بالنقد صحيح حتى لو قال لا تبع بالنسيئة صح ولو اشتركا على أن يبيعا بالنقد والنسيئة ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع نسيئة صح اه وقد وقعت حادثتان أفتيت فيهما الاولى نهاه عن البيع نسيئة فباع فافتيت بنفاذه فى حصته وبتوقفه فى حصة شريكه فان أجاز قسم الربح بينهما الثانية نهاه عن الاخراج فخرج ثم ربح واجبت بانه غاصب حصة شريكه بالاخراج فينبغى أن لا يكون الربح على الشرط ولم أرهما الا ما قدمناه واعلم انه ذكر الناطفى ان الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا فى ثلاث أحدها متولى المسجد اذا أخذ من غلات المسجد ومات من غير بيان لا يكون ضامنا والثانية السلطان اذا خرج الى الغزو وغنموا وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه والثالثة القاضى اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه وأما أحد المتفاوضين اذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذى كان عنده ذكر بعض الفقهاء انه

الاشباه في الوديعة (قوله قال رضي الله عنه فسادها لهذه الشروط) قال الرملي قدم انها لا تفسد بالشروط الفاسدة وفي البزازية الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة حتى لو شرط التفاضل في الوضيعة لا تبطل الشركة وتبطل باشتراط عشرة لاحدهما والظاهر انها لا تبطل باكثر الشروط اه وبه يحصل الجواب تأمل (قوله وقلنا ولو كان حكما ليشمل الخ) قال في النهر لا حاجة اليه اذ المشترك فيه انما هو العمل لا خصوص الخياطة ولذا قالوا من صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل

وتقبل ان اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الاعمال و يكون الكسب بينهما

بالنصف والقياس أن لا تجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا تجوز شركة الدلالين) لان عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الاجارة حتى لو استأجر دلالا ليبيع له أو يشتري فالاجارة فاسدة اذ لم يبين له أجلا كما صرح به في اجارة المجتبى (قوله والمعازي بالزمزمة) قال في القاموس العزا الصبر أو حسنه كالتعزوة والزمزمة الصوت البعيد له دوي وتتابع صوت الرعد والمراد القراءة في المأتم الذي يصنع للاموات مع التمطيط قال ابن الشحنة في شرح الوهبانية والمؤلف بالغ في النكير على اقرارهم على هذا في زمانه وعلى القراءة بالتمطيط ومنع جوازها وجواز سماعها وقال بوجوب انكارها وأطنب في انكارها وذلك فيما اذا مطط تمطيطا يؤدي الى زيادة حرف ونحو ذلك اما القراءة بالالحان اذا سلمت من ذلك فانها مندوب اليها اه

لا يضمن وأحاله الى شركة الاصل وذلك غلط بل الصحيح انه يضمن نصيب صاحبه كذا في فتاوى قاضيخان من كتاب الوقف وبه تبين ان ما في فتح القدير و بعض الفتاوى ضعيف وان الشريك ضامن بالموت عن تجهيل عنانا أو مفاوضة (قوله وتقبل ان اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما) بالرفع عطف على مفاوضة بيان لشركة الصنائع وظاهره ان التقبل والوجوه غير المفاوضة والعنان وقدمنا خلافه وفي البزازية وشركة التقبل والوجوه قد تكون مفاوضة وعنانا فالعنان ما يكون في تجارة خاصة والمفاوضة ما تكون في كل التجارات اه وسيأتي بيان فائدة كونها مفاوضة وانما جاز هذا النوع من الشركة لان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد وأفاد بقوله أو خياط وصباغ انه لا يشترط فيه اتحاد العمل قالوا ولا يشترط أيضا اتحاد المكان لان المعنى المجوز لها وهو ما ذكرنا لا يتفاوت فالمراد من قوله ان اشترك خياطان صانعان ولو حكما اتحد عملهما أو اختلف بعد أن يكون عملا حلالا يمكن استحقاقه فشمل ما اذا اشترك معلمان لحفظ الصبيان وتعليم الكتابة والقرآن فان المختار جوازه كما في البزازية وما اذا كان له آلة القصارة ولآخر بيت اشتركا على أن يعملا في بيت هذا على ان يكون الكسب بينهما فانه جائز وكذا سائر الصناعات ولو من أحدهما أداة القصارة والعمل من الآخر فسدت والربح للعامل وعليه أجرة مثل الاداة كذا في البزازية وفي القنية اشترك ثلاثة من الجمالين على أن يملأ أحدهم الجوالق و يأخذ الثاني فمها و يحملها على الثالث فينقله الى بيت المستأجر والاجر بينهم بالسوية فهي فاسدة قال رضي الله عنه فسادها لهذه الشروط فان شركة الجمالين صحيحة اذا اشترك الجمالون في التقبل والعمل جميعا ولو اشتركا في تقبل كتب الحجاج على ان ما رزقهما الله تعالى فيه فبينهما نصفان فهذه شركة جائزة اه وقلنا ولو كان حكما ليشمل ما اذا اشتركا في صنعة ولم يحسنها أحدهما فانها صحيحة كما سيأتي وقيدنا بكون العمل حلالا لما في البزازية لو اشتركا في عمل حرام لم يصح اه وقيدنا بامكان استحقاقه لما في القنية ولا تجوز شركة الدلالين في عملهم ولا شركة القراء في القراءة بالزمزمة في المجالس لانها غير مستحقة عليهم ولا شركة السؤال لان التوكيل بالسؤال لا يصح ولما في الظهيرية ولو أن ثلاثة من القراء اشتركوا في المجالس والمعازي بالزمزمة والالحان فهذه الشركة فاسدة لان ما اشتركوا فيه لا يكون مستحقا عليهم ولا على أحدهم اه وقوله على أن يتقبلا الاعمال ليس بقيد لانهما لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما المتاع ويعمل الآخر أو يقبل أحدهما المتاع و يقطعه ثم يدفعه الى الآخر للخياطة بالنصف جاز كذا في القنية لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز فلو شرط على الصانع أن لا يتقبل وانما عليه العمل فقط لا يجوز لانه عند السكوت جعل اثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي كذا في المحيط وشمل قوله والكسب بينهما ما اذا شرطاه على السواء أو شرطا الربح لاحدهما

أكثر من الآخر وقد صرح به في البزازية مع الإبانة العمل متفاوت وقد يكون أحدهما أحذق فإذا شرطا الأكثر لأدناهما اختلفوا فيه اه والصحيح الجواز لان الربح بضمان العمل لا بحقيقته كذا في فتح القدير وفي القاموس وقد قبل به كنصر وسمع وضرب قبالة وقبلت العامل العمل تقبلا نادر والاسم القبالة وتقبله العامل تقبيلا نادر أيضا اه (قوله وكل ما يتقبله أحدهما يلزمهما) يعني فيطالب كل واحد منهما بالعمل و يطالب بالاجر و يبرأ الدافع بالدفع اليه أطلقه فشمل ما اذا كانت مفاوضة وهو ظاهر وما اذا أطلقاها أو صرحا بالعنان وهو استحسان والقياس خلافه لان الكفالة تقتضي المفاوضة ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل كذا في الهداية وانما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين السببين لان فيما عداذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو اشنان مستهلك أو أجر أجيرا أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة و يلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة كذا في النهاية وبه علم فائدة كونهما مفاوضة لو صرحا بها يلزم كل واحد ما أقر به صاحبه مطلقا وتقييده بالاستهلاك ومضي المدة للاحتراز عما اذا كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض فانه يلزمهما كما في المحيط وفي الخانية ولا يشترط لهذه الشركة بيان المدة وحكمها أن يصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بتقبل الاعمال والتوكيل بتقبل الاعمال جائز سواء كان الوكيل يحسن مباشرة ذلك العمل أو لا يحسن وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة فيكون كل واحد منهما مطالبا بحكم الكفالة عما وجب على صاحبه ومتى كان عنانا فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه بقضية الوكالة فان أطلقت هذه الشركة كانت عنانا وان شرطا المفاوضة كانت مفاوضة فاذا عمل أحدهما دون صاحبه والشركة عنان أو مفاوضة كان الاجر بينهما على ما شرطا ولو شرط الاحدهما فضلا فيما يحصل من الاجرة جاز اذا كانا شرطا التفاضل في ضمان ما يتقبلانه وعن أبي حنيفة ما جنت يد أحدهما كان الضمان عليهما يأخذ أيهما شاء وعن أبي يوسف اذا مرض أحد الشريكين أو سافر أو بطل فعمل الآخر كان الاجر بينهما ولكل واحد منهما أن يأخذ الاجر والى أيهما دفع الاجر برئ وان لم يتقاضيا وهذا استحسان لان تقبل أحدهما العمل جعل كتقبل الآخر فصار في معنى المفاوضة في باب ضمان العمل ولو ادعى رجل على أحدهما انه دفع اليه ثوبا للخياطة وأقر به الآخر صح اقراره بدفع الثوب و يأخذ الاجر لانهما كالمتفاوضين فاقرار أحدهما يصح في حق الآخر وعن محمد انه لا يصدق المقر في حق الشريك وأخذ هو بالقياس ولو أقر أحدهما بدين من ثمن صابون ونحوه لا يلزم الآخر اه وفيها قبله فاذا كان الشرط على الخياط انه يخيط بنفسه لا يطالب الآخر بحكم الكفالة اه وبه علم ان قولهم ما لزم أحدهما من العمل يلزم الآخر مقيد بما اذا لم يشترط المستأجر عمله بنفسه فان قلت ما صورة استجماع شرائط المفاوضة فيها قلت قال في المحيط بان اشترط الصانعان على ان يتقبلا جميعا الاعمال وان يضمنا العمل جميعا على التساوي وان يتساويا في الربح والوضيعة وان يكون كل منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب الشركة اه (قوله وكسب أحدهما بينهما) يعني اذا عمل أحدهما دون الآخر فيقسم الاجر بينهما على ما شرطا أما العامل فظاهر وأما غيره فلانه لزمه العمل

وكل ما يتقبله أحدهما يلزمهما وكسب أحدهما بينهما

ووجوده ان اشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وتتضمن الوكالة وان شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل

﴿فصل فى الشركة الفاسدة﴾

ولا تصح شركة فى احتطاب واصطياد واستقاء

بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل وعلله فى البزازية بان العامل معين القابل لان الشرط مطلق العمل لا عمل القابل ألا ترى ان القصار اذا استعان بغيره أو استأجره استحق الاجر اه أطلقه فشمل ما اذا عمل أحدهما فقط لعذر بالآخر كسفر أو مرض أو بغير عذر كما لو امتنع عنه بغير عذر به لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط فى العقد لا العمل كذا فى البزازية وفى فتح القدير ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا فجاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شئ للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا فى الثلثين فلا يستحق الاجر اه وبهذا علم ان قوله اشترك خياطان الى آخره معناه ان عقدا عقد الشركة فلو تقبلا ولم يعقدا لم تكن شركة (قوله ووجوه ان اشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) بالرفع عطف على مفاوضة بيان للنوع الرابع من شركة العقد وقدمنا انها كالصنائع تكون مفاوضة وعنانا فقال فى النهاية المفاوضة ان يكون الرجلان من أهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة زاد فى فتح القدير وان يتساويا فى الربح واذا ذكر مقتضيات المفاوضة كفى عن التلفظ بها كما سلف واذا أطلقت كانت عنانا لان مطلقه ينصرف اليه لكونه معتادا وهى جائزة عندنا لما بيناه فى شركة الصنائع وسميت شركة وجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا لتدبير أمرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه وعلى الآخرين فالتسمية ظاهرة وعلى الاول من انها من الوجاهة أو الجاه فقال فى فتح القدير لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير ان الواو انقلبت حين وضعت مع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل اه وفى الخانية وهما فيما يجب لهما وعليهما بمنزلة العنان ولو اشتركا بوجوههما شركة مفاوضة كان جائزا ويثبت التساوى بينهما فيما يجب لكل واحد منهما وعليه ما يجب فى شركة المفاوضة بالمال اه وفى البزازية واذا وقتا شركة الوجوه تصح وهل تتوقت فيه روايتان فعلى الرواية التى لا تتوقت كان شرطا مفسدا ومع هذا لا تفسد واعتبر بالوكالة اه وحذف مفعول يشتريا ليفيد انها تكون عامة وخاصة كالبر (قوله وتتضمن الوكالة) يعنى ان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما اشتراه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو ولاية ولا ولاية فتعين الاولى ولم يذكر تضمنها للكفالة لانها لا تكون كذلك الا اذا كانت مفاوضة كما قدمناه (قوله وان شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل) بيان لما فارقت فيه الوجوه العنان وهى ان الربح فيها على قدر الملك فى المشترى بفتح الراء بخلاف العنان فان التفاضل فى الربح فيها مع التساوى فى المال صحيح وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو بالعمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذى يتلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف فى مالك على ان لى ربحه لا يجوز لعدم هذه المعانى واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على ما بيناه والضمان على قدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة والوجوه ليست فى معناها بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها

﴿فصل فى الشركة الفاسدة﴾ (قوله ولا تصح شركة فى احتطاب واصطياد واستقاء) لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل فى أخذ المباح باطل لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه

(قوله أو سهلة الزجاج) معطوف على الطين أي أو كانت سهلة الزجاج مملوكة (قوله ولذا قال في المحيط دفع دابته الى رجل الخ) أقول لم أر من ذكر الدابة المشتركة بين اثنين اذا دفعها أحدهما للآخر على ان يؤجرها او يعمل عليها وما حصل فهو بينهما أثلاثا الثلثان للعامل والثلث للآخر ولا شك في فساد الشركة لان المنفعة كالعروض كما صرح به في الخانية فكما لا تصح في العروض لا تصح فيها وإذا قلنا بفسادها فالاجر مقسوم بينهما على قدر ملكهما للعامل منهما أجر مثل عمله ولا يشبه العمل في المشترك حتى نقول لا أجر له لان العمل

والكسب للعامل وعليه أجر مثل ما للآخر والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل

فيما يحمل وهو لغيرهما فتأمل ذلك وهذه كثيرة الوقوع ببلادنا وغيرها وأنا في عجب من سكوتهم عنها وان أخذت من فحوى كلامهم والله الموفق قال في الولوالجية وان اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤجرا ذلك فما رزقهما الله تعالى فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لان هذه شركة وقعت على اجارة الدواب لا تقبل العمل لان تقديرهذا ان يقول لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم اذا فسدت هذه الشركة فنقول ذلك المسئلة على ثلاثة أوجه ان أجر كل واحد منهما دابته خاصة كان على لكل واحد منهما أجر دابته خاصة كما قبل الشركة وان أجراهما بأعيانهما صفقة واحدة ولم يشترطا في الاجارة عمل أحدهما كان الاجر مقسوما بينهما على قدر أجر مثل دابتيهما كما قبل الشركة وان أجر كل واحد منهما دابته وشرط عملهما في الدابة أو عمل أحدهما من السوق والحمل وغير ذلك كان الاجر مقسوما بينهما على قدر أجر مثل دابتيهما وعلى مقدار أجر عملهما كما قبل الشركة

بدون أجره فلا يصلح نائبا عنه أشار بالثلاثة الى ان أخذ كل شئ مباح كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال والتكدي وسؤال الناس ونقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الجص أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على ان يبنيا من طين غير مملوك أو يطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا و يطبخا و يبيعا جاز وهو شركة الصنائع كذا في فتح القدير وذكر البزازي انها شركة الوجوه (قوله والكسب للعامل وعليه أجر مثل ما للآخر) لوجود السبب منه وهو الاخذ والاحراز أفاد انهما لو أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وانه لو أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل ولا شئ عليه للآخر وفي البزازية ولكل ما أخذ وان أخذاه منفردين وخلطا وباعا قسم الثمن على قدر ملكيهما وان لم يعرف المقدار صدق كل منهما الى النصف وفيما زاد عليه البينة وعبر بما المفيدة للعموم ليشمل أجرة عمله كما اذا ساعده بالقلع وجمعه الآخر أو قلعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وشمل ما اذا كان للآخر بغل أو راوية فان كسب الماء للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان المستقى صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل وما اذا دفع له شبكة ليصيد بها السمك على ان يكون بينهما فالصيد للصائد ولصاحب الشبكة أجر مثلها كذا في المحيط وفي البزازية اشتركا في الاصطياد ونصبا شبكة أو ارسلا كلبا لهما فالصيد بينهما انصافا ولو لاحدهما وارسلا فالصيد لصاحب الكلب خاصة لان ارسال غير المالك مع المالك لا يعتبر وان أصاب أحد الكلبين صيدا فأثخنه ثم أدركه الآخر فالصيد لمن أثخنه كلبه لاخراجه عن ان يكون صيدا وان أثخناه فبينهما انصافا للاشتراك في السبب اه (قوله والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل) لان الربح فيه تابع للمال فيقدر بقدره كما ان الريع تابع للزرع في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال أفاد بقوله بقدر المال انها شركة في الاموال فلو لم يكن من أحدهما مال وكانت فاسدة فلا شئ له من الربح ولذا قال في المحيط دفع دابته الى رجل يؤاجرها على ان الاجر بينهما فالشركة فاسدة والاجر لصاحب الدابة وللآخر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت ولو دفع دابته الى رجل ليبيع عليها البر على ان الربح بينهما فالربح لصاحب البر ولصاحب الدابة أجر مثلها لان منفعة الدابة لا تصلح مالا للشركة كالعروض ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللآخر اكاف وجوالق على ان يؤجر الدابة والاجر بينهما فالشركة فاسدة لانها وقعت على العين فكانت بمعنى الشركة في العروض فان أجر الدابة مع الجوالق والاكاف فالاجر كله لصاحب الدابة وللدخيل معه أجر مثله بالغا ما بلغ ولو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بعير على ان يؤجراهما والاجرة بينهما لا تصح فان أجراهما قسم الاجر بينهما

على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اهـ وفي القنية له سفينة فاشترك مع أربعة على ان يعملوا بسفينته وآلاتها والخمس لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية فهي فاسدة والحاصل لصاحب السفينة وعليه أجر مثلهم اهـ (قوله وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت والموت الحكمي الالتحاق بدار الحرب مرتدا اذا قضى القاضي به لانه بمنزلة الموت كما قدمناه فلو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه فهما على الشركة وان مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب وانقطعت المفاوضة على التوقف هل تصير عنانا عند أبي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي أطلقه فشمل ما اذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي فلا يشترط له العلم وفي المحيط ولو أبضع أحد المتفاوضين ألفا له ولشريك له شركة عنان برضا شريك العنان ليشتري لهما متاعا ثم مات أحدهم فان مات المبضع ثم اشترى المستبضع فالمتاع للمشتري ويضمن المال ويكون نصفه لشريك العنان ونصفه للمفاوض الحي ولورثة الميت لانه انعزل المستبضع في حق الكل بموته لانه انقطع أمر الميت على نفسه وشركائه وان مات شريك العنان ثم اشترى المستبضع فالمشتري كله للمتفاوضين لانه انفسخت الشركة بموته فانعزل المستبضع في حقه وبقي الابضاع صحيحا في حق المتفاوضين ثم ورثة الميت ان شاؤا رجعوا بحصتهم على أيهم شاؤا واذا لزم أحد المتفاوضين ضمان لزم الآخر وان شاؤا ضمنوا المستبضع ويرجع به المستبضع على أيهما شاء وان مات المفاوض الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع فنصفه للآمر ونصفه لشريك العنان ويضمن المفاوض الحي لورثة الميت حصتهم وان شاؤا ضمنوا المبضع ويرجع بها على الآمر اهـ وفيه أيضا باع أحد المتفاوضين شيأ نسيئة ثم مات ليس لصاحبه ان يخاصم فيه لانه انما كان له مطالبة المشتري ومخاصمته بحكم الوكالة وقد انقطعت بالموت فان أعطاه المشتري نصف الثمن برئ منه لانه دفع الملك الى مالكه اهـ وفي الظهيرية ولو كان الشركاء ثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت الشركة في حقه لا تنفسخ في حق الباقين ثم قال واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد ذلك فأقام ورثة الميت بينة ان أباهم كان شريكه مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما في يد الحي الآن يشهد الشهود ان المال كان في يده حال حياة الميت وانه من شركة بينهما اهـ ولم يذكر المصنف حكم ما اذا فسخها أحدهما وفي البزازية انكارها فسخ وان فسخها أحدهما لا تنفسخ ما لم يعلم الآخر وان فسخها أحدهما ورأس مالها نقد صح وان عروضا فالرواية فيها انما الرواية في المضاربة والطحاوي جعلها كالمضاربة في عدم الانفساخ وذكر بكر انهما اذا فسخا المضاربة والمال عروض يصح وان أحدهما لا وظاهر المذهب الفرق بين الشركة والمضاربة يصح فسخها لو عروضا لا المضاربة واختاره الصدر وصورته اشتركا واشتريا أمتعة ثم قال أحدهما لا أعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الامتعة فالحاصل للبائع وعليه قيمة المتاع لان قوله لا أعمل معك فسخ للشركة معه وأحدهما يملك فسخها وان كان المال عروضا بخلاف المضاربة هو المختار وذكر الطحاوي نهاه رب المال عن التصرف ان كان رأس المال من أحد النقدين فله ان يستبدله بالنقد الآخر ولا يعمل النهي وان عروضا لا يصح النهي والحق الشركة بالمضاربة والحق المختار اذ كرنا قال أحدهما لصاحبه أريد شراء هذه الجارية لنفسي فسكت الآخر فاشتراها فعلى الشركة ما لم يقل نعم ولو وكله بشراء

وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما

اهـ وهو مؤيد لما قلنا خير الدين الرملي على المنح (قوله المصنف وتبطل الشركة بموت أحدهما) أي تبطل شركة الميت قال في الظهيرية ولو كان الشركاء ثلاثة مات أحدهم حتى انفسخت الشركة في حقه لا تنفسخ في حق الباقين اهـ

(قوله وفى فتح القدير ان هذا غلط الخ) قال المقدسى فى شرحه حاصله أنه لو أبقى كلام الخلاصة على ظاهره كان غلطا لما أنه صرح بخلافه فلابد من تأويل عبارته الى ماذكر فى التجنيس من أنه لا يملك تغيير موجبها وهو اشتراك كل مشترى بان يجعل بعض المشتريات خاصا مع بقاء عقد الشركة لا يملكه أحدهما بدون رضا الآخر وكونه يملك بانفراده الفسخ ورفع العقد لا ينافى ذلك وأقول من هنا يتضح الفرق بين الوكيل وبين الشريك فان سكوت الموكل حين قال الوكيل أريد شراء الامة لنفسى يكفى لانه كانه عزل نفسه من الوكالة بعلم الموكل فصح وأحد الشريكين لما سكت مع بقاء حكم الوكالة المتضمنة للشركة لا يدل على الرضا لاحتمال انه معتمد على الشركة الباقية وان حكمها اشتراك كل مشترى وان الشرط المفسد لا يفسدها فلم يتم رضاه والوكالة الحكمية باقية بخلاف الوكالة المفردة ٢٠٠ لانها ارتفعت بقول الوكيل أريد شراءها لنفسى أى لا لك وقد سكت فلو كان له غرض فى بقائه لمنعه بما يشاهد وهذا فرق لطيف ظهر للعبد الضعيف اه (قوله والتعليل الصحيح الخ) أى فى مسئلة الجارية السابقة أى لا يعلل بان الوكيل يملك عزل نفسه رضى الموكل أم لا والشريك لا يملك فسخها بلا رضا الآخر لانه مخالف لما صححه من انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض قال فى النهر ولو حمل فرق الخلاصة على ما اختاره الطحاوى لكان أولى من نسبة الغلط اليه (قوله وقد ظهر لى أن لا غلط فى كلامهم الخ) حاصل هذا التوفيق ارجاع تعليلهم المسئلة السابقة الى ماذكره فى التجنيس وقد جعله فى شرح المقدسى مؤدى كلام الفتح كما علمته ثم

وهو بعيد بل الظاهر ان مراد صاحب الفتح بيان المخالفة لما فى التجنيس والمؤلف رحمه الله تعالى وفق بينهما بعدمها لكن قال فى النهر وأنت خبير بان تغيير موجبها لا يسمى فسخا اه وفيه نظر لانه ان أراد لا يسمى فسخا للعقد بالكلية فمسلم وليس الكلام فيه وان أراد لا يسمى فسخا للاشتراك فى ذلك المشترى الخاص فممنوع نعم المتبادر من قولهم فى التعليل المذكور واحد الشريكين لا يملك فسخها بلا رضا الآخر ان المراد فسخ عقد الشركة بالكلية لا فسخها فى ذلك المشترى الخاص ولذا جزم فى الفتح بانه غلط لكن كلام المؤلف فى امكان التوفيق ولا شك انه ممكن عادة وان كان خلاف المتبادر وتعبيره بالامكان مشير الى ذلك وبالجملة فهو أولى من الحمل على الغلط وكذا من حمله على ماذكره الطحاوى لانه يناقضه تقديم تصحيح خلافه

جارية بعينها فقال ذلك فسكت الموكل فالمشترى للوكيل لانه يملك عزل نفسه رضى به الموكل أم لا وأحد الشريكين لا يملك فسخها بلا رضا الآخر اه وهكذا ذكر فى الخلاصة ان أحد الشريكين لا يملك فسخها بلا رضا الآخر وفى فتح القدير ان هذا غلط وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ماذكره فى التجنيس ان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضا صاحبه وفى الرضا احتمال نغنى اذا كان ساكتا والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص ولا يشكل على هذا ماذكره فى الخلاصة فى ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحى لشركتهم فشارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح والثلثين بينهم أثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فاراد الغائب ان يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أخص من السكوت السابق لما فيه من زيادة العمل اه وقد ظهر لى ان لا غلط فى كلامهم لامكان التوفيق فقولهم يملك فسخها بلا رضا الآخر حيث أعلمه معناه رفع عقد الشركة بالكلية وقولهم فى تعليل هذه المسئلة ان أحدهما لا يملك فسخها بلا رضا الآخر معناه رفعها بالنسبة الى المشترى فقط وحاصله ان أحدهما اذا أراد ان يشترى شيأ ويختص به ولا يكون على الشركة فلابد من رضا صاحبه ولا يكفى علمه بخلاف ما اذا فسخها بالكلية وهذا هو الحق لمن أنصف من نفسه وفى الظهيرية ثلاثة نفر متفاوضون غاب أحدهم وأراد الآخران يتناقضا ليس لهما ذلك بدون الغائب ولا ينتقض البعض دون البعض اه وفى المحيط جحد أحد المتفاوضين وقعت الفرقة وضمن نصف جميع ما فى يده اذا ظهرت المفاوضة بالبينة العادلة لانه أمين جحد الامانة فصار غاصبا وكذلك جحود وارثه بعد موته باع أحد المتفاوضين شيأ ثم افترقا والمشترى لا يعلم فلكل واحد قبض المال كله فالى أيهما دفع برئ وان علم بالفرقة لم يدفع الا الى العاقد ولو دفع الى شريكه لا يبرأ عن نصيب العاقد وكذا لو وجد به عيبا لا يخاصم به الا البائع ولو رد عليه بالعيب قبل الافتراق وحكم عليه بالثمن

ولم يزك مال الآخر الا باذنه فان أذن كل وأديا معا ضمنا ولو متعاقبا ضمن الثانى

ثم افترقا له ان يأخذ أيهما شاء ولو استحق العبد قبل الفرقة وقبل نقد الثمن له ان يأخذ أيهما شاء اه وفيه قبله ولو أبضع أحدهما رجلا فاشترى المستبضع بالبضاعة شيأ بعد تفرقهما فان علم بتفرقهما فالمشترى للمبضع خاصة وان لم يعلم فان كان الثمن مدفوعا الى المستبضع نفذ الشراء عليهما وان لم يكن مدفوعا اليه فالمشترى للمبضع اه ولم يذكر المصنف حكمها اذا جن أحدهما وفى التتارخانية سئل أبو بكر عن شريكين جن أحدهما وعمل الآخر بالمال حتى ربح أووضع قال الشركة بينهما قائمة الى ان يتم اطباق الجنون عليه فاذا قضى ذلك الوقت تنفسخ الشركة بينهما فاذا عمل بالمال بعد ذلك فالربح كله للعامل والوضيعة عليه وهو كالغصب لمال المجنون فيطيب له ربح ماله ولا يطيب له ماربح من مال المجنون فيتصدق به اه ثم اعلم ان الشريكين اذا اشتريا بالمال متاعا ثم أرادا القسمة فانه يقوم ذلك يوم اشترياه ويكون الربح بينهما على قدره ولو اشتركا فى العروض على ان لكل واحد حصة ماله فاشتريا بها متاعا ثم باعاه بالف درهم فانهما يقتسمان الدراهم على قيمة العروض يوم اشترياه كذا فى الينابيع ولم يذكر المصنف حكم اختلافهما ولا بأس ببيانه تتميما للفائدة وفى الظهيرية ادعى انه شاركه مفاوضة والمال فى يد الجاحد فالقول للجاحد والبينة على المدعى فان أقامها وان شهدوا انه مفاوضة وان المال الذى فى يده بينهما أو من شركتهما قبلت وقضى به بينهما وان شهدوا أنه مفاوضة فقط ذكر السرخسى قبولها وذكر خواهر زاده قبولها ان شهدوا فى مجلس الدعوى وان بعدما تفرقا لا يقضى مالم يشهدوا انه بينهما نصفان أو انه من شركتهما أو يقر الجاحد ان المال كان فى يده يومئذ ثم اذا قضى به بينهما فادعى ذو اليد شيأ مما فى يده لنفسه ميراثا أو هبة أو صدقة من غير جهة المدعى فان كان شهود مدعى المفاوضة شهدوا انه مفاوضة وان المال بينهما نصفان أو شهدوا انه مفاوضة وان المال من شركتهما فلا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وان شهدوا انه مفاوضة وان المال فى يده أو شهدوا انه مفاوضة ولم يزيدوا قبلت عند محمد خلافا لابى يوسف ولو ادعى شيأ مما فى يده بطريق التلقى من المدعى تسمع وتقبل مطلقا واذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان شريكه كان بالنصف وادعى الآخر بالثلث وقد اتفقا على المفاوضة فجميع المال بينهما نصفان وهذا ظاهر وتمامه فيها (قوله ولم يزك مال الآخر الا باذنه) أى أحدهما لانه ليس من جنس التجارة فلا يكون وكيلا عنه فى أدائها الا ان يأذن له (قوله فان أذن كل وأديا معا ضمنا ولو متعاقبا ضمن الثانى) أى ان أذن كل واحد منهما لصاحبه باداء الزكاة عنه فاداها معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وان أديا على التعاقب كان الثانى ضامنا للاول أطلقه فشمل ما اذا علم باداء صاحبه أولم يعلم فى الوجهين وهذا عند الامام وعندهما لا ضمان اذا لم يعلم وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكاة اذا تصدق على الفقراء بعدما أدى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان فى وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما فى وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أولا ولابى حنيفة رضى الله عنه انه مأمور باداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الآمر اخراج النفس عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداثه فعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أولم يعلم لانه عزل حكمى وأما دم الاحصار فقد قيل انه على الخلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه وانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار وفى مسئلتنا الاداء واجب

فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار كذا في الهداية ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم باداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم باداته أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما كذا في فتح القدير (قوله وان أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شئ) أي عند الامام وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة لان الملك وقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذهما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة قيد بالاذن لانه لو اشتراها للوطء بلا اذن كانت مشتركة لما قدمناه وقدمنا ان السكوت عند الاستئذان لا يكون اذنا فلا يكون له خاصة وقد بينا الفرق بينه وبين سكوت الموكل

وان أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شئ

﴿ كتاب الوقف ﴾

حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة

﴿ كتاب الوقف ﴾

مناسبته للشركة باعتبار ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال وله معنى شرعي وسبب ومحل وشرائط وركن وأحكام ومحاسن وصفة فمعناه في اللغة الحبس قال في القاموس وقف الدار حبسه كأوقفه وهذه لغة رديئة اه وأما معناه شرعا فما أفاده (قوله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) يعني عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى وزاد في فتح القدير على كلام المصنف أو صرف منفعتها على من أحب قال لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد في آخره من القربة كشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق اه وقد يقال ان الوقف على الغني تصدق بالمنفعة لان الصدقة كما تكون على الفقراء تكون على الاغنياء وان كان التصدق على الغني مجازا عن الهبة عند بعضهم وصرح في الذخيرة بان في التصدق على الغني نوع قربة دون قربة الفقير وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحباب وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعلا ومحله المال المتقوم وشرائطه أهلية الواقف للتبرع من كونه حرا عاقلا بالغا وان يكون منجزا غير معلق فانه مما لا يصح تعليقه بالشرط فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا وذكر في جامع الفصولين الوقف فيما لا يصح تعليقه بالشرط في رواية واشار ان فيه روايتين وجزم بصحة اضافته وفي البزازية وتعليق الوقف بالشرط باطل وفي الخانية ولو قال اذا جاء غد فارضي صدقة موقوفة أو قال اذا ملكت هذه الارض فهي صدقة موقوفة لا يجوز لانه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لانه لا يحلف به فلا يصح تعليقه كما لا يصح تعليق الهبة بخلاف النذر لانه يحلف به ويحتمل التعليق اه فاذا جاء غد تعليق ووقفته غدا اضافة وقد بينا الفرق بينهما في شرحنا على المنار وفي لب الاصول ولو قال وقفته ان شئت ثم قال شئت كان باطلا لانه

أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح هذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن وهو تنجيز كذا في فتح القدير وسيأتي تعليقه بالموت الخامس من شرائطه الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع الثمن اليه أو صالح على مال دفعه اليه لا تكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي فلو استحق الوقف بطل وكذا لو جاء شفيعها بعد وقف المشتري وكذا لو وقف المريض المديون الذي أحاط الدين بماله فانه يباع وينقض الوقف ولو وقف المبيع فاسدا بعد القبض صح وعليه القيمة للبائع وكذا لو اتخذها مسجدا وكذا لو جعلها مسجدا أو جاء شفيعها نقض المسجدية ولو وقفها المشتري قبل القبض ان نقد الثمن جاز الوقف والا فهو موقوف ولو اشترى أرضا فوقفها ثم جاء مستحق فاستحقها وأجاز البيع بطل الوقف في قول محمد ولو ضمن المستحق البائع جاز الوقف في قول محمد الكل في الخانية ولو وهبت له أرض هبة فاسدة فقبضها ثم وقفها صح وعليه قيمتها ولو اشترى أرضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان ولا يلزمه أن يشتري به بدلا لعدم دخول نقصان العيب في الوقف كذا في الاسعاف وفي الذخيرة لو اشترى على ان البائع بالخيار فيها فوقفها ثم أجاز البائع البيع لم يجز الوقف اه ويتفرع على اشتراط الملك انه لا يجوز وقف الاقطاعات الا اذا كان الارض مواتا فاقطعها الامام رجلا أو كانت ملكا للامام فاقطعها رجلا وانه لا يجوز وقف أرض الحوز للامام لانه ليس بمالك لها زاد في التتارخانية ولا لمالكها قال وتفسير أرض الحوز أرض عجز صاحبها عن زراعتها وأداء خراجها فدفعها الى الامام لتكون منافعها جبرا للخراج اه وتمامه في الخصاف وذكر أيضا ان الموهوب له لا يصح وقفه قبل القبض ولو قبض بعده والموصى له كذلك قبل الموت السادس عدم الجهالة فلو وقف من أرضه شيأ ولم يسمه كان باطلا لان الشئ يتناول القليل والكثير ولو بين بعد ذلك ربما يبين شيأ قليلا لا يوقف عادة فلو وقف جميع حصته من هذه الدار والارض ولم يسم السهام جاز استحسانا كذا في الاسعاف ولو وقف هذه الارض أو هذه الارض وبين وجه الصرف كان باطلا لمكان الجهالة ولو قال جعلت نصيبي من هذه الدار وقفا وهو ثلث جميع الدار فاذا هي النصف كان الكل وقفا وتمامه في الخانية السابع عدم الحجر على الواقف لسفه أو دين كذا أطلقه الخصاف وينبغي انه اذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم كذا في فتح القدير وهو مدفوع بان الوقف تبرع وهو ليس من أهله الثامن أن لا يذكر مع الوقف اشتراط بيعه فلو وقف بشرط أن يبيعها ويصرف ثمنها الى حاجته لا يصح الوقف في المختار كذا في البزازية وهو قول هلال والخصاف وجوزه يوسف بن خالد السمتي الحاقا للوقف بالعتق وأما اشتراط الاستبدال فلا يبطله كما سيأتي في محله التاسع أن لا يلحق به خيار شرط فلو وقف على انه بالخيار لم يصح عند

(قوله وعند الكل اذا حكم به حاكم) فيه اشكال وهو أن الحجر على السفيه لا ينفذ عنده بل عندهما فلو حجر القاضي عليه لا يحجر ويبقى تصرفه قبل الحجر وبعده سواء وليس الحجر بحكم عنده بل هو فتوى وهي لا ترفع الخلاف وعندهما تصرفه غير نافذ فلهذا لا يصح وقفه وقد تقرر ان الوقف عنده لا يلزم وحينئذ فصحته بالحكم غير ظاهرة عند الكل فان الوقف صحيح عند أبي يوسف والحكم بنفاذ تصرف المحجور غير صحيح وعند أبي حنيفة بالعكس فيكون الحكم بصحة هذا الوقف مركبا من المذهبين وقد استشكله الامام الطرسوسي حين وقف على وقفية سطر فيها حكم بصحة الوقف المذكور ولو كان الواقف محجورا عليه للسفه ثم قال ولكن رأيت في المنية مثل هذه الواقعة المركبة من مذهبين حيث قال لو قضى القاضي بشهادة الفساق على غائب أو بشهادة رجل وامرأتين في النكاح على غائب فانه ينفذ وان كان من يجوز القضاء على الغائب يقول ليس للفاسق شهادة ولا للنساء في باب النكاح شهادة اه فقد جعل الحكم وان كان مركبا من مذهبين جائزا فكذا نقول هنا وان كان من قال بان تصرف المحجور نافذ لا يقول بصحة الوقف ومن قال بصحة الوقف يقول تصرفه بعد الحجر غير نافذ فاندفع الاشكال اه (قوله وهو مدفوع بان الوقف تبرع الخ) قال في النهر يمكن أن يجاب عنه بان عدم أهليته للتبرع على غيره لا على نفسه كما هنا واستحقاق الفقراء انما هو بعد موته ولو وقف باذن القاضي على ولده صح عند البلخي خلافا

محمد معلوما كان الوقت أو مجهولا واختاره هلال وقال أبو يوسف ان كان الوقت معلوما جاز الوقف والشرط كالبيع والا بطل الوقف وصححه السمتي مطلقا وأبطل الشرط وظاهر ما في الخانية انه لو جعل داره مسجدا على انه بالخيار صح الوقف وبطل الشرط بلا اختلاف وقال الفقيه أبو جعفر ينبغي على قول أبي يوسف فيما اذا كان الوقت مجهولا أن يصح الوقف ويبطل الشرط العاشر أن لا يكون موقتا قال الخصاف لو وقف داره يوما أو شهرا لا يجوز لانه لم يجعله مؤبدا وكذا لو قال على فلان كان باطلا وفصل هلال بين أن يشترط رجوعها اليه بعد الوقت فيبطل الوقف أولا فلا وظاهر ما في الخانية اعتماده الحادي عشر ان يكون للواقف ملة فلا يصح وقف المرتد ان قتل أو مات على ردته وان أسلم صح ويبطل وقف المسلم ان ارتد ويصير ميراثا سواء قتل على ردته أو مات أو عاد الى الاسلام الا ان أعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام كما أوضحه الخصاف آخر الكتاب ويصح وقف المرتدة لانها لا تقتل وأما الاسلام فليس من شرطه فصح وقف الذمي بشرط كونه قربة عندنا وعندهم كالوقف على أولاده أو على الفقراء أو على فقراء أهل الذمة فان عمم جاز الصرف الى كل فقير مسلم أو كافر وان خصص فقراء أهل الذمة اعتبر شرطه كما نص عليه الخصاف كالمعتزلي اذا خص أهل الاعتزال ولو شرط ان من أسلم من ولده اخرج اعتبر شرطه أيضا كشرط المعتزلي ان من صار سنيا اخرج وليس هو من قبيل اشتراط المعصية لان التصدق على الكافر غير الحربي قربة ولو وقف على بيعة فاذا خربت كان للفقراء لم يصح وكان ميراثا لانه ليس بقربة عندنا كالوقف على الحج أو العمرة لانه ليس بقربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه صحيح لانه قربة عندنا وعندهم وفي القنية وقف المجوسي ضيعة على فقراء المجوس لا يجوز ثم رقم بعده بحرف الطاء مجوسي وقف أرضه على أولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا ومن بعده على فقراء اليهود أو المجوس يجوز قال رضي الله عنه فينبغي أن يجوز على فقراء المجوس ابتداء اه وفي الحاوي وقف المجوسي على بيت النار واليهودي والنصراني

لابي القاسم الصفار (قوله بشرط كونه قربة عندنا وعندهم) الظاهر ان هذا شرط في وقف الذمي فقط ليخرج ما لو كان قربة عندنا فقط كوقفه على الحج والمسجد وما كان قربة عندهم فقط كالوقف على البيعة بخلاف الوقف على مسجد القدس فانه قربة عندنا وعندهم فيصح ولو كان ذلك شرطا للكل وقف لزم أن لا يصح وقف المسلم على الحج والمساجد لانه قربة عندنا فقط ولذا قيد بقوله فصح وقف الذمي بشرط الخ فجعل الشرط المذكور لوقف الذمي لا مطلقا (قوله لم يصح وكان ميراثا) تبع فيه ما في الخصاف ونصه قلت وكل وقف وقفه الذمي يجعل غلة ذلك فيما لا يجوز مثل قوله في عمارة البيع والكنائس وبيوت النيران والاسراج فيها ومرمتها اليس ذلك باطلا قال بلى قلت فان قال يكون آخر غلة هذا الوقف للفقراء قال تكون الغلة للفقراء ويبطل ما قال في مرمة البيع والكنائس وبيوت النيران والاسراج فيها تأمل اه وفي الاسعاف ولو وقفها على مصالح بيعة كذا من عمارة ومرمة واسراج واذا خربت واستغنى عنها تكون الغلة لاسراج بيت المقدس أو قال للفقراء والمساكين يجوز الوقف وتكون الغلة للاسراج أو الفقراء أو المساكين ولا ينفق على البيعة منها شئ اه وقول المؤلف ليس بقربة عندنا مسلم في ابتدائه اما في انتهائه فهو قربة فيبطل غير القربة ويصح ما كان قربة وهو صرفه للفقراء كما علمت التصريح به على انه قد يقال ان التصريح بذكر الفقراء مبني على قول محمد من اشتراط التأبيد اما على قول أبي يوسف فينبغي صحته للفقراء وان لم يصرح بهم تأمل ثم رأيت في الفتح قال فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا اه تأمل ويظهر مما نقلناه عن هذه الكتب ان في عبارة المؤلف سقطا والاصل ولو وقف على بيعة فاذا خربت كان آخره للفقراء كان للفقراء ولو لم يجعل آخره للفقراء لم يصح وكان ميراثا (قوله كالوقف على الحج أو العمرة) هذا اذا لم يكن لمعين قال في الاسعاف ولو أوصى الذمي ان تبنى داره مسجدا لقوم باعيانهم أو لاهل محلة بعينها جاز استحسانا لكونه وصية لقوم باعيانهم وكذلك يصح الايصاء بان يحج بالرجل بعينه ليحج به لكونه وصية لمعين ثم ان شاء حج بذلك وان شاء ترك اه (قوله فينبغي أن يجوز على فقراء المجوس ابتداء) يؤيده ما في الاسعاف ولو كان الواقف نصرانيا مثلا وقال على المساكين أهل الذمة جاز صرفها للمساكين اليهود والمجوس لكونهم من مساكين أهل الذمة ولو عين مساكين أهل دينه تعينوا ولا يجوز صرفها لغيرهم فان فرقها القيم في غيرهم يكون ضامنا لمخالفته الشرط وان كان أهل الذمة ملة واحدة لتعين الوقف عن تعينه الواقف

على البيعة والكنيسة باطل اذا كان في عهد الاسلام وما كان منها في أيام الجاهلية مختلف فيه والاصح انه اذا دخل في عهد عقد الذمة لا يتعرض اهـ ثم اعلم انه لا يشترط لصحته عدم تعلق حق الغير به فلو وقف ما في اجارة الغير صح ولا تبطل الاجارة فاذا انقضت أو مات أحدهما صرفت الى جهات الوقف وأما وقف المرهون فان افتكه أو مات عن وفاء عاد الى الجهة وان مات عن غير وفاء بيع وبطل الوقف كذا في فتح القدير وسكت عن حكمه حال الحياة لو كان معسرا وفي الاسعاف ولو وقف المرهون بعد تسليمه صح وأجبره القاضي على دفع ما عليه ان كان موسرا فان كان معسرا أبطل الوقف وباعه فيما عليه اهـ وهكذا في الذخيرة والمحيط وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند الامام فالاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به أو يلحقه حكم به وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول وسيأتي ان أكثرهم أفتى بقول محمد وان بعضهم أفتى بقول أبي يوسف وما أفتى أحد بقول الامام وأما ركنه فالالفاظ الخاصة الدالة عليه وهي ستة وعشرون لفظا الاول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف فيه الثاني صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا الثالث حبس صدقة الرابع صدقة محرمة وهما كالثاني الخامس موقوفة فقط لا يصح الا عند أبي يوسف فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ موقوفة على الفقراء واذا كان مفيدا لخصوص المصرف أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفتي بقوله أيضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول أبي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه الى الفقراء كان كالتنصيص عليهم السادس موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء السابع محبوسة الثامن حبس وهما باطلان ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة التاسع لو قال هي للسبيل ان تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك والا سئل فان قال أردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل العاشر جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهي نذر وهذا عند عدم النية لانه أدنى فاثباته به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصي بانه لا فرق بينهما وذكر في احداهما اذا لم تكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احداهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم تكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا الحادي عشر محرمة الثاني عشر وقف وهو صحيح وهي معروفة عند أهل الحجاز الثالث عشر حبس موقوفة وهو كالاقتصار على موقوفة الرابع عشر جعلت نزل كرمي وقفا صار وقفا فيه ثمرة أولا الخامس عشر جعلت غلته وقفا كذلك الخامس عشر موقوفة لله بمنزلة صدقة موقوفة الكل في فتح القدير وجزم في البزازية بصحة الوقف بقوله وقف أو موقوفة السادس عشر صدقة فقط كانت صدقة فان لم يتصدق حتى مات كانت ميراثا كذا في الخصاف السابع عشر هذه موقوفة على وجه الخير أو على وجه البر تكون وقفا على الفقراء الثامن عشر صدقة موقوفة في الحج عني والعمرة عني يصح الوقف

(قوله الخامس موقوفة فقط) أي بدون ذكر صدقة وكذا بدون تعيين الموقوف عليه لان تعيينه يمنع ارادة غيره فلا يكون مؤبدا معنى وسيأتي تمامه عن الاسعاف عند الكلام على التأبيد (قوله وهذا عند عدم النية) أي كون جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا يعمل به انما هو عند عدم النية لان الوقف أدنى من النذر لان النذر لا بد أن يتصدق به على الفقراء ولا يحل له منه شيء (قوله بانه لا فرق بينهما) أي بين التاسعة والعاشرة حيث كانت التاسعة عند عدم النية ميراثا بخلاف هذه (قوله الخامس عشر) لعله سهو وان يعطف قوله جعلت بالواو على قوله جعلت نزل كرمي الخ

(قوله العشرون اشتروا الخ) قال في الفتح فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين ابدا أو لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت دارى على كذا اه وفي أنفع الوسائل مسئلة اذا أوصى ان يشترى من ريع داره أو حمامه في كل شهر كذا من الخبز ويفرق على الفقراء والمساكين فهل يكون هذا اللفظ بمجرده وقفا للدار والحمام أم لا ثم نقل انه يصير وقفا بمجرد ذلك ثم قال بعد كلام والمسئلة مذكورة في الذخيرة وفتاوى قاضيخان وفتاوى الخاصى ونصوا فيها ان هذا اللفظ يؤدى الى معنى الوقف وصار كما لو قال وقفت دارى هذه بعد موتى على المساكين ولا أعلم فيها خلافا بين الاصحاب وبالله المستعان اه قلت ومقتضاه أن الدار كلها تصير وقفا ويصرف منها الخبز الى ما عينه الواقف والباقى الى الفقراء وقد سئلت عن نظير هذه المسئلة في رجل أوصى بان يؤخذ من غلة داره كل سنة كذا من الدراهم يشترى بها زيت لمسجد كذا ثم باع الورثة الدار وشرطوا على المشترى دفع ذلك المبلغ في كل سنة للمسجد فأفتيت بعدم صحة البيع وبانها صارت وقفا حيث كانت تخرج من الثلث (قوله وانما يحتاج الى الدعوى والشهادة عند البعض) قال الرملى الكلام في الحكم الرافع للخلاف لا الحكم بثبوت أصله فانه غير محتاج الى الدعوى عند البعض وأما الحكم باللزوم عند دعوى عدمه فلا يرفع الخلاف الا بعد تمام الدعوى فيه ليصير في حادثة اذ المتنازع فيه حينئذ اللزوم وعدمه

والملك يزول بالقضاء لا الى مالك

ولو لم يقل عنى لا يصح الوقف التاسع عشر صدقة لا تباع تكون نذرا بالصدقة لا وقفا ولو زاد ولا توهب ولا تورث صارت وقفا على المساكين والثلاثة في الاسعاف العشرون اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفا الحادى والعشرون هذه بعد موتى صدقة يتصدق بعينها أو تباع ويتصدق بثمنها ذكرهما في الذخيرة الثانى والعشرون أوصى أن يوقف ثلث ماله جاز عند أبى يوسف ويكون للفقراء وعندهما لا يجوز الا أن يقول لله أبدا كذا في التتارخانية الثالث والعشرون هذا الدكان موقوفة بعد موتى ومسبل ولم يعين مصرفا لا يصح الرابع والعشرون دارى هذه مسبلة الى المسجد بعد موتى يصح ان خرجت من الثلث وعين المسجد والا فلا الخامس والعشرون سبلت هذه الدار في وجه امام مسجد كذا عن جهة صلواتى وصياماتى تصير وقفا وان لم تقع عنهما والثلاثة في القنية السادس والعشرون جعلت حجرتى لدهن سراج المسجد ولم يزد عليه صارت الحجرة وقفا على المسجد كما قال وليس للمتولى أن يصرف الى غير الدهن كذا في المحيط السابع والعشرون ذكر قاضيخان من كتاب الوصايا رجل قال ثلث مالى وقف ولم يزد على ذلك قال أبو نصر ان كان ماله نقدا فهذا القول باطل بمنزلة قوله هذه الدراهم وقف وان كان ماله ضياعا تصير وقفا على الفقراء اه وأما حكمه فما ذكره في تعريفه من انه حبس العين عن التمليك والتصدق بالمنفعة وسيأتى بقية أحكامه ومحاسنه ظاهرة وهى الانتفاع الدار الباقى على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والاموات لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث وفي فتاوى قاضيخان رجل جاء الى فقيه وقال انى أريد أن أصرف مالى الى خير عتق العبيد أفضل أم اتخاذ الرباط للعامة قال بعضهم الرباط أفضل وقال الفقيه أبو الليث ان جعل للرباط مستغلا يصرف الى عمارة الرباط فالرباط أفضل وان لم يجعل الا رباطا فالاعتاق أفضل ولو تصدق بهذا المال على المحتاجين فذاك أفضل من الاعتاق اه وفي البزازية وقف الضيعة أولى من بيعها والتصدق بثمنها اه وصفته ان يكون مباحا وقربة وفرضا فالاول بلا قصد القربة ولذا يصح من الذمى ولا ثواب له والثانى مع قصدها من المسلم والثالث المنذور كما لو قال ان قدم ولدى فعلى أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقف على غيرهم سقط وانما صح النذر به لان من جنسه واجبا وانه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين وقفا مسجدا من بيت المال أو من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال كما في فتح القدير (قوله والملك يزول بالقضاء لا الى مالك) أى ملك العين الموقوفة يزول عن ملك المالك بقضاء القاضى بلزوم الوقف من غير أن ينتقل الى ملك أحد وهذا أعنى اللزوم بالقضاء متفق عليه لانه قضاء في محل الاجتهاد فينفذ وفي الخانية وطريق القضاء أن يسلم الواقف ما وقفه للمتولى ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلة عدم اللزوم ويختصمان الى القاضى فيقضى القاضى بلزومه اه وانما يحتاج الى الدعوى عند البعض والصحيح ان

فيرفع الخلاف تأمل (قوله قال في البزازية لا لصحة الدعوى الخ) يقول الفقير مجرد هذه الحواشي رأيت بخط بعض الفضلاء على هامش البحر في هذا المحل ما نصه أقول نعم ذكر هذا في البزازية في كتاب الوقف لكنه ذكر فيها في كتاب الدعوى الثاني عشر في دعوى الرق والحرية قال وفي المنتقط باع أرضا ثم ادعى انه كان وقفها وفي الذخيرة أو كان وقفا علي فان لم يكن له بينة وأراد تحليف البائع لا يحلف لعدم صحة الدعوى للتناقض وان برهن قال الفقيه أبو جعفر يقبل ويبطل البيع لعدم اشتراط الدعوى في الوقف كما في عتق الامة وبه أخذ الصدر والصحيح ان الجواب على اطلاقه غير مرضي فان الوقف لو حق الله تعالى فالجواب ما قاله وان حق العبد لا بد فيه من الدعوى اهـ كلام البزازي في الثاني عشر من كتاب الدعوى فليتأمل عند الفتوى وليفت

الشهادة بالوقف بدون الدعوى مقبولة ولذا قالوا باع ثم ادعى الوقفية لا تسمع دعواه للتناقض ولا يحلف وان برهن تقبل قال في البزازية لا لصحة الدعوى بل لان البرهان يقبل عليه بلا دعوى كالشهادة على عتق الامة في المختار ولا تسمع الدعوى من غير المتولي وعليه الفتوى اهـ ولذا قال في المحيط ولو قضى بالوقفية بالشهادة القائمة على الوقف من غير دعوى يصح لان حكمه هو التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى يصح القضاء بالشهادة من غير دعوى اهـ وقيد بالقضاء لانهما لو حكما رجلا ليحكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح ان بحكم المحكم لا يرتفع الخلاف وللقاضي أن يبطله كذا في الخانية وهل القضاء به قضاء على الناس كافة كالحرية أولا قال قاضيخان أرض في يد رجل ادعى رجل انها وقف وبين شرائط الوقف وقضى القاضي بالوقف ثم جاء آخر وادعى انه ملك قالوا تقبل بينة المدعي لان القضاء بالوقف بمنزلة استحقاق الملك وليس بتحرير ألا ترى انه لو جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة جاز بيع الملك ولو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة لا يجوز بيع العبد دل ان القضاء بالوقف بمنزلة القضاء بالملك وفي الملك القضاء يقتصر على المقضي عليه وعلى من يتلقى الملك منه ولا يتعدى الى الغير فكذلك في الوقف اهـ ذكره في باب ما يبطل دعوى المدعي وعزاه في الخلاصة الى الفتاوى الصغرى ثم قال بخلاف العبد اذا ادعى العتق على انسان وقضى القاضي بالعتق ثم ادعى رجل ان هذا العبد ملكه لا تسمع لان القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس بخلاف الوقف قال الصدر الشهيد لم نر لهذا رواية لكن سمعت ان فتوى السيد الامام أبي شجاع على هذا وفي فوائد شمس الائمة الحلواني وركن الاسلام علي السغدي ان الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل الا في مواضع مخصوصة وهكذا في النوازل اهـ وذكر القولين في جامع الفصولين وهل يقدم الخارج على ذي اليد ولا ترجيح للوقف على الملك أولا قال في جامع الفصولين ومتول ذويد لو برهن على الوقف فبرهن الخارج على الملك يحكم بالملك للخارج فلو برهن المتولي بعده على الوقف لا تسمع لان المتولي صار مقضيا عليه مع من يدعي تلقي الوقف من جهته وعند أبي يوسف تقبل بينة ذي اليد على الوقف ولا تقبل بينة الخارج على الملك كمن ادعى قنا وقال ذو اليد هو ملكي وحررته فانه يقضى ببينة ذي اليد وفاقا وبقولهما يفتى اهـ فقد علمت ان المفتى به تقديم الخارج وفيه

بالصحيح وهو التفصيل كما علمت لا ما في كتاب الوقف وقد تبع صاحب البحر أخوه صاحب النهر فذكر ما قاله البزازي في الوقف وعلمت أنه ذكر الصحيح في كتاب الدعوى وهي واقعة الفتوى فليتأمل كذا بخط شيخ شيخنا المرحوم عبد الحي اهـ ما رأيته في الهامش وقد أوضح المقام سيدي المحشي في حاشيته على الدر المختار فليراجع (قوله وفي حقوق الله تعالى يصح القضاء) قال الرملي هذا في الوقف المتمحض لله تعالى كالوقف على الفقراء أو المسجد اما في الوقف على قوم باعيانهم لا تقبل بدون الدعوى نص عليه في الخلاصة في كتاب الدعوى وكثير من كتب علمائنا وقيل تسمع بدونها لان آخره لجهة حق الله تعالى وفي المسئلة كلام طويل ذكره في منح الغفار شرح تنوير الابصار فراجعه ان شئت والله تعالى أعلم (قوله والصحيح ان بحكم المحكم لا يرتفع الخلاف) في الجوهرة أما المحكم ففيه خلاف المشايخ والاصح انه يصح اهـ لكن الذي في الفتح وغيره هو الاول وفي الاسعاف واختلفوا في قضاء المحكم والصحيح أنه لا يرفع الخلاف ولو كان الواقف مجتهدا يرى لزوم الوقف فامضى رأيه فيه وعزم على زوال ملكه عنه أو مقلدا فسأل فافتى بالجواز فقبله وعزم على ذلك لزم الوقف ولا يصح الرجوع فيه وان تبدل رأي المجتهد وأفتى المقلد بعدم اللزوم بعد ذلك اهـ فهذا مما يزاد على ما يلزم به الوقف فليتنبه له لكن قال في النهر بعد نقله له الظاهر ضعفه

ادعى ملكا فى دار بيد متول يقول وقفه زيد على مسجد كذا وحكم به للمدعى فلو ادعى متول آخر على هذا المدعى انه وقف على مسجد كذا من جهة بكر تقبل اذ المقضى عليه هو زيد الواقف لا مطلق الواقف اه والحاصل ان القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة على المعتمد فتسمع الدعوى من غير المقضى عليه وأما القضاء بالحرية فقضاء على الكافة فلا تسمع الدعوى بعده بالملك لأحد ولا فرق بين الحرية الاصلية والعارضة بالاعتاق بان شهدوا باعتاقه وهو يملكه صرح به قاضيخان وأما القضاء بالملك فليس على الكافة بلا شبهة وفى الفتاوى الصغرى من فصل دعوى النكاح اذا قضى القاضى لانسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة ثم ادعاه الآخر لا تسمع اه فعلى هذا القضاء الذى يكون على الكافة فى أربعة أشياء وسيأتى تمامه ان شاء الله تعالى فى الدعوى وفى القنية دار فى يد رجل أقام رجل بينة انها وقفت عليه وأقام قيم المسجد بينة انها وقف على المسجد فان أرخا فهى للسابق منهما وان لم يؤرخا فهى بينهما نصفان اه وقد ذكر المصنف رحمه الله للزومه طريقا واحدة وهى القضاء فظاهره انه لا يلزم لو علقه بموته قال فى الهداية قال فى الكتاب لا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا فى حكم الحاكم صحيح لانه قضاء فى فصل مجتهد فيه اما فى تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه اه والحاصل انه اذا علقه بموته كما اذا قال اذا مت فقد وقفت دارى على كذا فالصحيح انه وصية لازمة لكن لم تخرج عن ملكه فلا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته لما يلزم من ابطال الوصية وله ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما لم يكن وقفا لما قدمناه من انه لا يقبل التعليق بالشرط وكذا اذا قال اذا مت من مرضى هذا فقد وقفت أرضى على كذا فمات لم تصر وقفا وله ان يبيعها قبل الموت بخلاف ما اذا قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد فى السير الكبير ان الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبى حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية وفى المحيط لو قال ان مت من مرضى هذا فقد وقفت أرضى هذه لا يصح الوقف برئ أو مات لانه تعليق وفى الخانية لو قال أرضى بعد موتى موقوفة سنة جاز وتصير الارض موقوفة أبدا لانه فى معنى الوصية بخلاف ما اذا لم يضف الى ما بعد الموت بان قال أرضى موقوفة سنة لان ذلك ليس بوصية بل هو محض تعليق أو اضافة فالحاصل ان على قول هلال اذا شرط فى الوقف شرطا يمنع التأبيد لا يصح الوقف اه وفى التبيين لو علق الوقف بموته ثم مات صح ولزم اذا خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الواقف باقيا فيه حكما يتصدق منه دائما وان لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقى الى ان يظهر له مال أو تجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم تجز الورثة تقسم الغلة بينهما أثلاثا ثلثه للوقف وثلثاه للورثة اه قال الامام السرخسى اذا خاف الواقف ابطال وقفه فالتحرز عنه طريقان احدهما القضاء والثانى ان يذكر الواقف بعد الوقف والتسليم فان أبطله قاض بوجه من الوجوه فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها على الفقراء ومتى فعل يبرم الوقف لان أحدا من الولاة لا يسعى فى ابطاله لان سعيه حينئذ يعرى عن الفائدة للزوم التصدق بها أو بثمنها قال شمس

(قوله فهى بينهما نصفان) أى لان كلا منهما خارج لكونها فى يد رجل ثالث فلم يكن أحدهما أرجح من الآخر

(قوله فظاهره أنه لا يلزم لو علقه بموته الخ) أنت خبير بان كلام المصنف فى زوال الملك لا فى اللزوم لانه قال والملك يزول بالقضاء وأما التعليق بالموت فانه يفيد اللزوم لا زوال الملك وزوال الملك به خلاف الصحيح كما أفاده كلام الهداية المذكور ومعنى اللزوم هنا أنه وصية لازمة لا وقف لانه لو كان وقفا لزال الملك به (قوله قال شمس

الائمة والذي جرى به الرسم في زماننا انهم يكتبون اقرار الواقف ان قاضيا من قضاة المسلمين قضى بلزوم هذا الوقف فذاك ليس بشئ ولا يحصل به المقصود لان اقراره لا يصير حجة على القاضي الذي يريد ابطاله ولو لم يكن القاضي قضى بلزوم الوقف فاقراره يكون كذبا محضا ولا رخصة في الكذب وبه لا يتم المقصود ومن المتأخرين من مشايخنا من قال اذا كتب في آخر الصك وقد قضى بصحة هذا الوقف ولزومه قاض من قضاة المسلمين ولم يسم القاضي يجوز وتمسك هذا القائل بقول محمد في الكتاب اذا خاف الواقف ان يبطله القاضي فانه يكتب في صك الوقف ان حاكما من حكام المسلمين قضى بلزوم هذا الوقف ولم يذكر الكاتب اسم القاضي ونسبه ومتى علم بتاريخ الوقف يصير القاضي في ذلك الزمان معلوما كذا في الظهيرية وقد وسع في ذلك قاضيخان أيضا وقيد بزوال الملك بالقضاء ليفيد عدمه قبله وهو قول الامام لكن قيل لا يجوز الوقف عنده أصلا كما صرح به في الاصل لان المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية كذا في الهداية وغيرها وفي فتح القدير واذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولفظ حبس الى آخره لا معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بالمنفعة فلم يحدث الواقف الا مشيئة التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد الوقف شيأ وهذا معنى ماذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن واذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره انها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف اذا فأبو حنيفة قال لا يجوز الوقف أي لا تثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم به حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس له حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان أخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه اهـ وفيه نظر لان قوله لم يفد الوقف شيأ غير صحيح لانه يصح الحكم به ولولا صحة الوقف لم يصح الحكم به ويحل للفقير ان يأكل منه ولولا صحته لم يحل ويثاب الواقف عليه ولولا صحته ما أثيب فكيف يقال لم يفد شيأ وفي البزازية معنى الجواز جواز صرف الغلة الى تلك الجهة ويتبع شرطه ويصح نصب المتولي عليه فاذا ثبتت هذه الاحكام كيف يقال لم يفد شيأ أو انه لم يثبت به حكم لم يكن وقوله من أخذ بظاهر اللفظ الى آخره ليس بصحيح لان ظاهره عدم الصحة ولم يقل به أحد والا لزم ان لا يصح الحكم به ولذا رد شمس الائمة على من ظن انه غير جائز عنده أخذا من ظاهر المبسوط قال وانما المراد انه غير لازم كما في الظهيرية والحاصل انه لا خلاف في صحته وانما الخلاف في لزومه فقال بعدمه وقالا به فلا يباع ولا يورث ولفظ الواقف ينتظمهما والترجيح بالدليل وقد أكثر الخصاف من الاستدلال لهما بوقوف النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم وقد كان أبو يوسف مع الامام حتى حج مع الرشيد ورأى وقوف الصحابة رضي الله عنهم بالمدينة ونواحيها رجع وأفتى بلزومه ولقد استبعد محمد قول أبي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة وقال ما أخذ الناس بقول أبي حنيفة وأصحابه الا لتركهم التحكم على الناس ولو جاز تقليد أبي حنيفة في هذا لكان من مضى قبل أبي حنيفة مثل الحسن البصري وابراهيم النخعي أحرى ان يقلدوا ولم

الائمة والذي جرى الرسم به الخ) قال القهستاني في شرح النقاية ولا تشترط المرافعة فانه لو كتب كاتب من اقرار الواقف أن قاضيا من قضاة المسلمين قضى بلزومه وصار لازما وهذا ليس بكذب مبطل لحق ومصحح لغير صحيح فانه منع المبطل عن الابطال فلا بأس به وهذا لم يختص بالوقف فان كل موضع يحتاج فيه الى حكم حاكم مجتهد فيه كاجارة المشاع وغيره جاز فيه مثل هذه الكتابة كما في الجواهر ونظيره في المضمرات وغيره اهـ وفي الدرر والغرر ومايذكر في صك الوقف ان قاضيا من القضاة قد قضى بلزوم هذا الوقف وبطلان حق الرجوع ليس بشئ في الصحيح كذا في الكافي والخانية اهـ

يحمد محمد على ما قال بسبب أستاذه وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال ولو كان أبو حنيفة فى الاحياء حين ما قال الرأم عليه فانه كما قال مالك فى أبى حنيفة رأيت رجلا لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجر بالخلا يسر كذا فى الظهيرية والحاصل ان المشايخ رجحوا قولهما وقال الفتوى عليه وفى فتح القدير انه الحق ولا يبعد أن يكون اجماع الصحابة ومن بعدهم رضى الله عنهم متوارثا على خلاف قوله وفى الهداية ولو وقف فى مرض موته قال الطحاوى هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند أبى حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال اهـ وفى الظهيرية امرأة وقفت منزلا فى مرضها على بناتها ثم من بعدهن على أولادهن وأولاد أولادهن أبدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا فللفقراء ثم ماتت من مرضها وخلفت من الورثة بنتين وأختا لاب والاخت لا ترضى بما صنعت ولا مال لها سوى المنزل جاز الوقف فى الثلث ولم يجز فى الثلثين فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم ويوقف الثلث فما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ما عاشت البنتان فاذا ماتتا صرفت الغلة الى أولادهما وأولاد أولادهما كما شرطت الواقفة لا حق للورثة فى ذلك رجل وقف داراله فى مرضه على ثلاث بنات له وليس له وارث غيرهن قال الثلث من الدار وقف والثلثان مطلق له يصنعن بهما ما شئن قال الفقيه أبو الليث هذا اذا لم يجزن اما اذا أجزن صار الكل وقفا عليهن اهـ والحاصل ان المريض اذا وقف على بعض ورثته ثم من بعدهم على أولادهم ثم على الفقراء فان أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتبع الشرط والا كان الثلثان ملكا بين الورثة والثلث وقفا مع ان الوصية للبعض لا تنفذ فى شئ لانه لم يتمحض للوارث لانه بعده لغيره فاعتبر الغير بالنظر الى الثلث واعتبر الوارث بالنظر الى غلة الثلث الذى صار وقفا فلا يتبع الشرط مادام الوارث حيا وانما تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة على فرائض الله تعالى فاذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه فى غلة الثلث وان وقف على غير الورثة ولم يجيزوا كان الثلث وقفا واعتبر شرطه فيه والثلثان ملك فلو باع الوارث الثلثين قبل ظهور مال آخر ثم ظهر لم يبطل البيع ويغرم القيمة فيشترى بذلك أرضا وتجعل وقفا على جهة الاول كذا فى البزازية وفيها قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ابنى فلان فان مات فعلى ولدى وولد ولدى ونسلى ولم تجز الورثة فهى ارث بين كل الورثة مادام الابن الموقوف عليه حيا فان مات صار كلها للنسل اهـ وهى عبارة غير صحيحة

(قوله قال الثلث من الدار وقف الخ) أى لان الوقف فى المرض وصية فتنفذ من الثلث فقط الا باجازة لكن صرحوا بان الوصية للوارث لا تجوز ولعل مرادهم انها لا تجوز حيث وجد المنازع وهو الوارث الآخر لتعلق حقه اما اذا لم يوجد وارث غير الموصى له فتجوز بلا اجازة لعدم المنازع لكن قد يقال اذا لم يوجد غيره فلم لا تجوز فى الكل بل توقف جوازها فى الثلثين على الاجازة وقد يجاب بان الشارع لم يجعل للموصى حقا فيما زاد على الثلث فلم تجز فى الزائد وان كانت للوارث بلا منازع الا اذا أجازها هذا ما ظهر لى والله أعلم (قوله وهى عبارة غير صحيحة) لوجهين أحدهما أنه جعل الارض ارثا للورثة ومقتضاه انها مملوكة لهم مع أن المملوك لهم ثلثاها فقط وأيضا اذا كانت مملوكة لهم كيف تصير بعد موت الابن للنسل والجواب ان قوله فهى ارث أى حكما يعنى ان غلتها تصرف بينهم على حكم الارث وليس المراد ان نفس الارض تكون ارثا فليس بينهما وبين ما فى الظهيرية مخالفة ثانيهما قوله فان مات صارت كلها للنسل يخالفه فان الثلثين ملك الوارث والموقوف هو الثلث فالذى تصير غلته للنسل هو هذا الثلث لا الارض كلها والظاهر ان هذا مراد المؤلف رحمه الله تعالى ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير فى قوله فهى ارث راجع الى غلة الثلث الذى صار وقفا وقوله فان مات صار كلها للنسل أى كل غلة هذا الثلث وأما الثلثان فهما ملك لو كان رقبة للورثة والقرينة على هذه الارادة ان الذى يصير للورثة هو ثلث الغلة التى للثلث فتأمل وأجاب شيخنا بما هو المتعين وهو أن يحمل كلام البزازية على ما اذا كانت الارض تخرج من ثلث المال فانها حينئذ تصير كلها وقفا وحيث لم يجيزوا تقسم غلتها كالارث ثم بعد موت الابن تصير كلها للنسل ويوضحه المسئلة الثالثة المنقولة عن البزازية أيضا وفى أوقاف الامام الخصاف لو أن رجلا مريضا قال أرضى هذه صدقة موقوفة لله ابدا على ولده وولد ولده ونسله وعقبه ابدا ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين فان كانت هذه الارض تخرج من الثلث أخرجت وكانت موقوفة تستغل ثم تقسم غلتها على جميع ورثته على قدر مواريثهم عنه فان كان له ولد لصلبه وله ولد ولد قسمت الغلة على عدد ولده لصلبه وعلى عدد ولد ولده فما أصاب من ذلك ولده قسم بين ورثته

لما قدمنا عن الظهيرية ان الثلثين ملك والثلث وقف وان غلة الثلث تقسم على الورثة مادام الوارث الموقوف عليه حيا ويدل عليه أيضا ما ذكره في البزازية بعده وقف أرضه في مرضه على ولده وولد ولده ولا مال له سواه فثلثها وقف على ولد الولد بلا توقف على اجازة الورثة والثلثان للورثة ان لم يجيزوا وان أجازوا كان بين الصلبي وولد الولد على السواء وقف أرضه في مرضه وهي تخرج من الثلث فتلف المال قبل موته وصار لا يخرج من الثلث أو تلف المال بعد موته قبل ان يصل الى الورثة فثلثها وقف وثلثاها للورثة وقف أرضه في مرضه على بعض ورثته فان أجاز الورثة فهو كما قال والى الوصية لبعض ورثته والا فان كانت تخرج من الثلث صارت الارض وقفا وان لم تخرج فبقدر ما يخرج من الثلث يصير وقفا ثم تقسم جميع غلة الارض ما جاز فيه الوقف وما لم يجز على فرائض الله تعالى مادام الموقوف عليه أو أحدهم في الاحياء واذا انقرضوا كلهم تصرف غلة الارض الى الفقراء ان لم يوص الواقف الى واحد من الورثة ولو مات أحد منهم من الموقوف عليهم من الورثة وبقي الآخرون فان الميت في قسمة الغلة مادام الموقوف عليهم أحياء يجعل كأنه حي فيقسم ثم يجعل سهمه ميراثا لورثته الذين لا حصة لهم من الوقف اه ثم اعلم انه لو وقفها في مرض موته ولا وارث له الا زوجته ولم تجز ينبغي ان يكون لها السدس والخمسة الاسداس تكون وقفا لما في البزازية من كتاب الوصايا مات ولم يدع الا امرأة واحدة وأوصى بكل ماله لرجل ان أجازت فكل المال له والا فالسدس لها وخمسة الاسداس له لان الموصى له يأخذ الثلث أولا بقي أربعة تأخذ الربع والثلاثة الباقية للموصى له فحصل له خمسة من ستة اه ولا شك ان الوقف في مرض الموت وصية وفي المحيط وقف المريض على أربعة أوجه الاول ان يقف على الفقراء فان خرج من الثلث جاز في الجميع والا فان أجاز الورثة جاز في الكل والا جاز في الثلث الثاني لو وقف على وارث بعينه ولم يخرج من الثلث فان لم يجيزوا جاز في الثلث وذكر هلال والخصاف تقسم جميع غلة الارض بين الورثة على فرائض الله تعالى ولا يعطى للفقراء شئ مادام الموقوف عليه حيا فاذا مات صرف للفقراء فان كان يخرج من الثلث يكون الكل للفقراء والا فلهم بقدر ما يخرج من الثلث لان هذا وقف على الفقراء بعد موت الوارث لا قبله فمادام الوارث حيا لا يكون وقفا على الفقراء فلا يكون لهم حق في ثلث الغلة والوصية للوارث قد بطلت فيقسم الكل بينهم بالسوية وقال بعضهم يعطى حصة الوقف من الغلة للفقراء للحال ولا يكون للورثة منها شئ لان الوقف حصل على الفقراء للحال لان هذا الوقف وصية بالغلة للوارث فاذا لم يجز الباقون بطلت الوصية للوارث فبقي هذا وقفا على الفقراء فاما اذا أجاز الورثة قيل تكون حصة الوقف للفقراء للحال وقيل مقدار الثلث للفقراء وما وراء الثلث للموقوف عليه مادام حيا فاذا مات رجع الى الورثة والثالث لو وقف على المحتاجين من ولده ونسله ثم على الفقراء فان كان الاولاد والنسل كلهم أغنياء فالغلة للفقراء وان كانوا كلهم فقراء أو كان في كل فريق بعضهم فقراء فانه تقسم الغلة بينهم وبين فقراء الفريقين بالسوية فما أصاب الفقراء من أولاد الصلب قسم بين الاغنياء والفقراء على فرائض الله تعالى وما أصاب الفقراء من النسل قسم بينهم بالسوية دون الاغنياء منهم وان كان أولاد الصلب كلهم أغنياء ونسله فقراء فالغلة كلها للنسل بينهم بالسوية وان كان ذلك على العكس أو بعض أولاد الصلب فقراء فالغلة كلها لاولاد الصلب تقسم بينهم على فرائض الله تعالى لان ما أصاب النسل أصابوا على سبيل الوصية لانهم لا يكونوا ورثة فيكون بينهم بالسوية وما أصاب الاولاد بطريق الارث

جميعا على عدد مواريثهم من قبل ان هذه وصية والوصية للوارث لا تجوز فما أصاب من ذلك من يرثه من ولده من غلة هذا الوقف قسم ذلك بين جميع ورثة الواقف على قدر مواريثهم عنه وما أصاب من لا يرثه من ولد ولده من هذه الغلة كان ذلك لهم فاذا انقرض ولده لصلبه قسمت غلة هذه الصدقة بين ولد ولده ونسله على ما قال ولا يكون لزوجته ولا لابويه من ذلك شئ فان كانت هذه الارض لا تخرج من ثلث مال الواقف قال يكون ثلثاها ميراثا بين جميع ورثته على قدر مواريثهم عنه ويكون ثلثها موقوفا تقسم غلته اذا جاءت على ولده لصلبه وولد ولده جميعا ان كان له ولد وولد ولد فما أصاب ولده لصلبه يقسم ذلك بين سائر ورثته على قدر مواريثهم فاذا انقرضوا انفذت الغلة على ما سبلها الواقف اه

اذلا وصية للوارث فيكون بينهم على قدر مواريثهم والرابع لو أوصى بان توقف أرضه بعد موته على فقراء المسلمين فان خرجت من الثلث أولم تخرج ولكن أجازت الورثة فانها توقف كلها وان لم يجيزوا فبمقدار الثلث يوقف اعتبار البعض بالكل وان خرجت كلها من ثلثه وفيها نخل فأثمرت بعد الموت قبل وقف الارض دخلت الثمرة فى الوقف لانها خرجت من أصل مشغول بحق الموقوف عليهم وان اثمرت قبل الموت فتلك الثمر تكون ميراثا اهـ وتمامه فى الاسعاف مع بيان حكم اقرار المريض بالوقف (قوله ولا يتم حتى يقبض ويفرز ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) بيان لشرائطه الخاصة على قول محمد وقدمشى المؤلف أولا على قول أبى حنيفة من عدم لزومه الا بالقضاء وثانيا فى الشرائط على قول محمد وهو مما لا ينبغى لان الفتوى على قولهما فى لزومه بلا قضاء كما قدمنا واذا لزم عندهما فانه يلزم بمجرد القول عند أبى يوسف بمنزلة الاعتاق بجامع اسقاط الملك وعند محمد لابد من التسليم الى المتولى والافراز والتأبيد أما الاول فلان حق الله تعالى انما يثبت فيه فى ضمن التسليم الى العبد لان التمليك الى الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة فلو قال هذه الشجرة للمسجد لا تكون له مالم يسلمها الى قيم المسجد عند محمد خلافا لابى يوسف وفى الخلاصة ومشايخ بلخ يفتون بقول أبى يوسف وقال الصدر الشهيد والفتوى على قول محمد وفى شرح المجمع أكثر فقهاء الامصار أخذوا بقول محمد والفتوى عليه وفى فتح القدير وقول أبى يوسف أوجه عند المحققين وفى المنية الفتوى على قول أبى يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد وفى المبسوط كان القاضى أبو عاصم يقول قول أبى يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الآثار يعنى ماروى ان عمر رضى الله عنه جعل وقفه فى يد حفصة وغير ذلك ورده فى المبسوط بانه لا يلزم كونه ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير الى آخره وفى البزازية والامام الثانى فى قوله الاول ضيق ثم وسع كل التوسع حتى قال يتم بقوله وقفت ومشايخ خوارزم أخذوا بقوله على ما حكاه نجم الزاهد فى شرحه للمختصر ومحمد توسط وبقوله أخذ عامة المشايخ على ما حكاه فى الفتاوى اهـ فالحاصل ان الترجيح قد اختلف والاخذ بقول أبى يوسف أحوط وأسهل ولذا قال فى المحيط ومشايخنا أخذوا بقول أبى يوسف ترغيبا للناس فى الوقف ويبتنى على هذا الخلاف مسائل الاولى لو عزل الواقف القيم وأخرجه الى غيره بلا شرط ان له ذلك قال محمد لا ينعزل والولاية للقيم الثانية لو مات وله وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم الثالثة لو تولاه الواقف بنفسه لا يملك ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم فى حياته ويولى غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم عنده لانه بمنزلة وكيله وأما اذا جعله قيما فى حياته وبعد موته فانه لا ينعزل بموته اتفاقا وكذا لو شرط الولاية فى عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه أولاولاده وأخرجه من يده وسلمه الى المتولى فانه جائز اتفاقا نص عليه فى السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الواقف وفى الخلاصة اذا شرط الواقف ان يكون هو المتولى فعند أبى يوسف الوقف والشرط كلاهما صحيحان وعند محمد وهلال الوقف والشرط باطلان اهـ وسيأتى آخر الباب ما يتعلق بالمتولى نصبا وتصرفا وأما الثانى أعنى اشتراط الافراز فقد علمت انه قول محمد فلا يجوز وقف المشاع وقال أبو يوسف هو جائز وهو مبنى على الشرط الاول لان القسمة من تمام القبض فمن شرطه لم يجوز وقف المشاع ومن لم يشترطه جوزه والخلاف فيما يحتمل القسمة أما ما لا يحتمل القسمة فهو جائز اتفاقا اعتبارا عند محمد بالهبة

ولا يتم حتى يقبض ويفرز ويجعل آخره لجهة لا تنقطع

(قوله وقدمشى المؤلف أولا على قول أبى حنيفة) قال فى النهر الاولى أن يحمل ماقاله أولا على بيان مسئلة اجماعية هى أن الملك بالقضاء يزول اما اذا خلا عن القضاء فلا يزول الا بعد هذه الشروط عند محمد واختاره المصنف تبعا لعامة المشايخ (قوله وقال أبو يوسف الولاية للواقف الخ) سيأتى ذكر هذه المسئلة فى الورقة العشرين

والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة عند أبي يوسف أيضا لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة في هذا في غاية القبح بان يقبر فيها الموتى سنة وتزرع سنة ويصلى لله فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال والحاصل ان وقف المشاع مسجدا أو مقبرة غير جائز مطلقا اتفاقا وفي غيرهما ان كان مما لا يحتمل القسمة جاز اتفاقا والخلاف فيما يحتملها ومن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في القبض وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله في وقف المشاع وصرح في الخلاصة من الاجارة والوقف بان الفتوى على قول محمد في وقف المشاع وكذا في البزازية والولوالجية وشرح المجمع لابن الملك وفي التجنيس وبقوله يفتى وتبعه في غاية البيان وسيأتي بيان ما اذا قضى بجوازه وفي الخلاصة واذا وقف أحد الشريكين نصيبه المشاع على قول أبي يوسف ثم اقتسما فوقع نصيب الواقف في موضع لا يجب عليه ان يقفه ثانيا لان القسمة تعين الموقوف واذا أراد الاجتناب عن الخلاف يقف المقسوم ثانيا ولو كان الارض له فوقف نصفها ثم أراد القسمة فالوجه في ذلك ان يبيع ما بقي ثم يقتسمان وان لم يبع ورفع الى القاضي ليأمر انسانا بالقسمة معه جاز كذا في الخلاصة أيضا وفيها حانوت بين اثنين وقف أحدهما نصيبه وأراد ان يضرب لوح الوقف على بابه فمنعه الشريك الآخر ليس له الضرب الا اذا أمره القاضي بذلك وهذا قول أبي يوسف اما على قول محمد فلا يتأتى هذا وفي الظهيرية ولو كانت له أرضون ودور بينه وبين آخر فوقف نصيبه ثم أراد ان يقاسم شريكه ويجمع الوقف كله في أرض واحدة ودار واحدة فانه جائز في قياس قول أبي يوسف وهلال واذا قاسم الواقف شريكه وبينهما دراهم فان كان الواقف هو الذي أعطى الدراهم جاز لانه في حصة الوقف قاسم شريكه واشترى أيضا ما لم يقف من نصيب شريكه فجاز ذلك كله ثم حصة الوقف للواقف وما اشتراه بالدراهم فذلك له وليس بوقف اه ولو وقف جميع أرضه ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب أو وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة كذا في الهداية ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض يجتمع كذا في فتح القدير والمشاع غير المقسوم من شاع يشيع شيعا وشيوعا ومشاعا كذا في القاموس وأما الثالث وهو ان يجعل آخره لجهة لا تنقطع فهو قولهما وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء ولو لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون بالصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة

(قوله وصار بعدها للفقراء ولو لم يسمهم) هذا مبني على الرواية الثانية عن أبي يوسف كما يأتي كما نبه عليه في الفتح

تتأبد فصح فى الوجهين وقيل التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبى يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال فى الكتاب فى بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأ... لان هذا صدقة بالمنفعة و بالغلة وذلك قد يكون موقتا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص كذا فى الهداية والحاصل ان عن أبى يوسف فى التأبيد روايتين فى رواية لا بد منه وذكره ليس بشرط وصححه وفى رواية ليس بشرط وتفرع على الروايتين ما لو وقف على انسان بعينه أو عليه وعلى أولاده أو على قرابته وهم يحصون أو على أمهات أولاده فمات الموقوف عليه فعلى الاول يعود الى ورثة الواقف قال الناطفى فى الاجناس وعليه الفتوى وعلى الثانى تصرف الى الفقراء وهى رواية البرامكة كذا فى فتح القدير وظاهر ما فى المجتبى والخلاصة ان الروايتين عنه فيما اذا ذكر لفظ الصدقة اما اذا ذكر لفظ الوقف فقط فلا يجوز اتفاقا اذا كان الموقوف عليه معينا ثم قال متى ذكر موضع الحاجة على وجه يتأبد يكفيه عن ذكر الصدقة وكذا على أبناء السبيل أو الزمنى و يكون للفقراء منهم وفى الخلاصة والبزازية قال أبو حنيفة اذا وقف ما لا لبناء القناطر أو لاصلاح الطريق أو لحفر القبور أو لاتخاذ السقايات أو لشراء الاكفان لفقراء المسلمين لا يجوز بخلاف الوقف للمساجد لجريان العادة بالثانى دون الاول وقف على فقراء مكة أو فقراء قرية معروفة ان كانوا لا يحصون يجوز فى الحياة و بعد الممات لانه مؤبد وان كانوا يحصون يجوز بعد الموت لانه وصية والوصية لقوم يحصون تجوز حتى اذا انقرضوا صار ميراثا منهم وان كان

(قوله قال الناطفى فى الاجناس وعليه الفتوى) مخالف لما صححه فى الهداية كما تقدم آنفا لكن قال الرملى ارجع الى النهر فانه ذكر أنه رواية ضعيفة عنه أى عن أبى يوسف اهـ قلت وفى الاسعاف ولو قال وقفت أرضى هذه على ولد زيد وذكر جماعة بأعيانهم لم يصح عند أبى يوسف أيضا لان تعين الموقوف عليه يمنع ارادة غيره بخلاف ما اذا لم يعين لجعله اياه على الفقراء ألا ترى أنه فرق بين قوله أرضى هذه موقوفة و بين قوله موقوفة على ولدى فصحح الاول دون الثانى لان مطلق قوله موقوفة ينصرف الى الفقراء عرفا واذا ذكر الولد صار مقيدا فلا يبقى العرف فظهر بهذا أن الخلاف بينهما فى اشتراط ذكر التأبيد وعدمه انما هو فى التنصيص عليه أو على ما يقوم مقامه كالفقراء ونحوهم وأما التأبيد معنى فشرط اتفاقا على الصحيح وقد نص عليه محققو المشايخ اهـ ما فى الاسعاف لكن تعيين الموقوف عليه اذا كان مسجد الا يضر لانه مؤبد لما فى الاسعاف أيضا قبيل ما مر لو قال وقفت أرضى هذه على عمارة المسجد الفلانى يصح عنده أى عند أبى يوسف لانه لو لم يزد على قوله وقفت يجوز عنده فبالاولى اذا عين جهته ولا يجوز عند محمد لاحتمال خراب ما حوله فلا يكون مؤبدا وتمامه فيه (قوله وظاهر ما فى المجتبى والخلاصة الخ) يؤيده ما نقلناه عن الاسعاف لكن يخالفه ما سيذكره بعد فى آخر المقولة عن المحيط و يؤيد ما هنا أيضا ما فى الخانية لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على فلان صح و يصير تقديره صدقة موقوفة على الفقراء لان محل الصدقة الفقراء الا ان غلتها تكون لفلان ما دام حيا ثم قال بعد أسطر ولو قال أرضى موقوفة على فقراء قرابتى لا يصح وكذا لو قال على ولدى لانهم ينقطعون فلا يتأبد الوقف و بدون التأبيد لا يصح الا أن يجعل آخره للفقراء فرق أبو يوسف بين قوله أرضى موقوفة و بين قوله أرضى موقوفة على ولدى فان الاول يصح والثانى لا يصح اهـ فانظر كيف قال فى صدقة موقوفة على فلان أنه يصح وعلل بقوله لان محل الصدقة الفقراء أى فهو تأبيد معنى بخلاف ما اذا لم يأت بلفظ صدقة واقتصر على لفظ موقوفة مع تعيين الموقوف عليه فان التعيين ينافى التأبيد حيث لم يذكر التأبيد ولا ما يدل عليه و بخلاف ما اذا أطلق موقوفة ولم يعين فانه ينصرف الى التأبيد لعدم المنافى ومما يؤيد الفرق بين ذكر الصدقة وعدمه ما فى الخانية أيضا لو قال أرضى موقوفة ولم يزد على هذا لا يجوز عند عامة مجيزى الوقف وقال أبو يوسف يجوز و يكون وقفا على المساكين ولو قال موقوفة صدقة أو صدقة موقوفة ولم يزد على ذلك جاز فى قول أبى يوسف ومحمد وهلال الرائى و يكون وقفا على الفقراء وقال يوسف بن خالد السمتى لا يجوز ما لم يقل وآخرها للمساكين ابدا والصحيح قول أصحابنا لان محل الصدقة فى الاصل الفقراء فلا يحتاج الى ذكر الفقراء ولا انقطاع للفقراء فلا يحتاج الى ذكر الابد أيضا اهـ فهذا صريح فى أن لفظ صدقة تأبيد (قوله يكفيه عن ذكر الصدقة) أى يكفى الاقتصار على لفظ وقفت عن ذكر الصدقة معه لان ذكر موضع الحاجة كالفقراء مثلا فى معنى ذكر الصدقة (قوله أو لشراء الاكفان الخ) سيأتى أنه يفتى بما

في الحماة لا يجوز وقف أرضه على عمارة مصاحف موقوفة لا يصح لانه لا عرف فيه وقف على أمهات أولاده وعبيده فالوقف باطل في قول هلال وفي الفتاوى وقف على أمهات أولاده الامن تزوج فلاشئ لها فان طلقها زوجها لا يعود حقها الساقط الا اذا كان الواقف استثنى وقال من طلقت فلها أيضا قسط من الوقف وذكر الخصاف قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى على الناس أو على بني آدم أو على أهل بغداد أبدا فاذا انقرضوا فعلى المساكين أو على العميان أو على الزمنى فالوقف باطل وذكر الخصاف في موضع آخر مسئلة العميان والزمنى وقال الغلة للمساكين لا لهما ولو وقف على قراء القرآن والفقراء فالوقف باطل وذكر هلال الوقف على الزمنى المنقطعين صحيح وقال المشايخ الوقف على معلم المسجد الذي يعلم الصبيان غير صحيح وقيل يصح لان الفقر غالب فيهم قال شمس الائمة فعلى هذا اذا وقف على طلبة علم بلدة كذا يجوز لان الفقر غالب فيهم فكان الاسم منبئا عن الحاجة والحاصل انه متى ذكر مصرفا فيه نص على الفقراء والحاجة فالوقف صحيح يحصون أم لا وقوله يحصون اشارة الى ان التأبيد ليس بشرط ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الغني والفقير ان كانوا يحصون صح بطريق التمليك وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة كاليتامى فحينئذ ان كانوا يحصون فالاغنياء والفقراء سواء وان لا يحصون فالوقف صحيح ويصرف الى فقرائهم لا الى أغنيائهم وكذا الوقف على الزمنى فهو على فقرائهم وفي الفتاوى لو وقف على الجهاد والغزو أو في أكفان الموتى أو حفر القبور يفتى بالجواز وهذا على خلاف ما تقدم ولو وقف على ابناء السبيل يجوز ويصرف الى فقرائهم وقف على أصحاب الحديث لا يدخل فيه شفعوي المذهب اذا لم يكن في طلب الحديث ويدخل الحنفي اذا كان في طلبه وذكر بكر ان الوقف على أقرباء سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه أجمعين يجوز وان كان لا يجوز الصدقة عليهم وفي الفتاوى انه لا يجوز ولا يصير وقفا لعدم جواز صرف الصدقة لبني هاشم لكن في جواز الوقف وصدقة النفل عليهم روايتان الوقف على الصوفية وصوفي خانه لا يجوز قال شمس الائمة يجوز على الصوفية اه وفي الاسعاف روي عن محمد ان ما لا يحصى عشرة وعن أبي يوسف مائة وهو المأخوذ عند البعض وقيل أربعون وقيل ثمانون والفتوى على انه مفوض الى رأي الحاكم اه وفي الظهيرية لو وقف على كل مؤذن وامام في مسجد معين قال الشيخ اسمعيل الزاهد لا تجوز لانها قربة وقعت لغير معين وقد يكونان غنيين أو فقيرين وان كان المؤذن فقيرا لا يجوز أيضا والحيلة أن يقول على كل مؤذن فقير بهذا المسجد أو المحلة فاذا خرب كان على الفقراء ولو قال على كل مؤذن فقير لا يجوز للجهالة ولو وقفه على ولد عبد الله ونسله فلم يقبلوا كانت الغلة للفقراء ولو حدثت الغلة بعد ذلك فقبلوا كانت الغلة لهم فان أخذوها سنة ثم قالوا لا نقبل فليس لهم ذلك قال الفقيه أبو جعفر هذا الجواب يستقيم في حق الغلة المأخوذة لانها صارت لهم فلا يملكون الرد أما التي تحدث فلهم الرد لانه لا ملك لهم فيها انما الثابت لهم مجرد الحق ومجرد الحق يقبل الرد وان قال أقبل سنة ولا أقبل فيما سوى ذلك أو على العكس كان الامر كما قال ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على عبد الله فقال عبد الله لا أقبل فالوقف جائز والغلة للفقراء ولو قال صدقة على ولد عبد الله ونسله فأبى رجل من ولده أن يقبل فالغلة لمن قبل منهم ويجعل من لم يقبل بمنزلة الميت هكذا ذكره هلال والخصاف ولو قال على زيد وعمرو وما عاشا ومن بعدهم على المساكين فقال زيد قبلت وقال عمرو لا أقبل فلزيد نصف الغلة والنصف الآخر للمساكين وعلى قياس ما قدمناه ذكره ينبغي أن تكون

(قوله فالوقف باطل) لانه للغني والفقير وهم لا يحصون وانما لم يكن جائزا وتكون الغلة للمساكين لانه لم يقصدها المساكين بخلاف قوله على ولد زيد فانه اذا لم يكن لزيد ولد تكون للمساكين ثم اذا احدث له ولد ردت الغلة اليهم لان زيدا رجل بعينه فالوقف على ولده جائز اما أهل بغداد وقريش ونحوهم فانهم موجودون ولكن يدخل فيهم الغني والفقير وهم لا يحصون فلذا بطل الوقف عليهم وكذا لو قال على أهل بغداد ثم على المساكين لان أهل بغداد لا ينقرضون ولا يكون للمساكين الا بعد انقراضهم اه ملخصا من الخصاف

كل الغلة لزيد ولكن الفرق بينهما ان نقول ان فيما تقدم أوجبت الوقف باسم الولد واسم الولد ينتظم الواحد فصاعدا فاز الفرد الواحد استحقاق الكل ولا كذلك ما نحن فيه لان اسم زيد لا ينتظم المذكورين واسم المذكورين لا ينتظم زيدا فلا يكون لهذا استحقاق الكل وتمامه فيها وفي المحيط لا يجوز الوقف على الاغنياء وحدهم ولو شرط بعدهم للفقراء جاز ولو وقف على معينين ولم يذكر آخره للفقراء فهو على ستة الاول هذه صدقة لله أو موقوفة لله أو صدقة موقوفة لله تعالى صار وقفا على الفقراء ذكر الابد أولا الثاني موقوفة صدقة على وجوه البر أو الخير أو اليتامى جاز مؤبدا كالفقراء والثالث موقوفة على فلان بعينه أو على ولدي أو فقراء قرابتي لا يصير وقفا عند محمد ويصح عند أبي يوسف والرابع صدقة موقوفة على فلان جاز عند الكل الخامس وقف على المساكين جاز بلا ذكر الابد السادس على العمارة لمسجد بعينه ولم يذكر آخره للمساكين قيل محمد لا يجوز وعند أبي يوسف يجوز وقيل يجوز اتفاقا وهو المختار لمكان العرف اه (قوله وصح وقف العقار ببقره وأكرته) أما العقار منفردا فلان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه وأما جواز وقف المنقول تبعا للعقار فاطلاق قول الامام انه لا يجوز وقف المنقول عنده كوقفه قصدا وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز وكذلك في سائر آلات الحراثة لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يحصل مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا أولى والعقار الارض مبنية كانت أو غير مبنية كذا في فتح القدير وفي القاموس العقار الضيعة كالعقرى بالضم ويدخل الشرب والطريق والمسيل والشجر والبناء في وقف الارض بلا ذكر ولا يدخل الزرع والرياحين والخلاف والآس والثمر والبقل والطرفاء وما في الاجمة من حطب والورد والياسمين وورق الحناء والقطن والباذنجان وأما الاصول التي تبقى والشجر الذي لا يقطع الا عامين أو أكثر فانها تدخل تبعا والبقر والعبيد بلا ذكر ولا تدخل الاشجار العظام والابنية فيما اذا جعل أرضه أو داره مقبرة وتكون له ولورثته من بعده ولو وقف أرضه بحقوقها وجميع ما فيها ومنها وعلى الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف قال هلال في القياس تكون الثمرة له ولا تدخل في الوقف وفي الاستحسان يلزمه التصدق بها على الفقراء على وجه النذر لا على وجه الوقف ولو وقف دارا بجميع ما فيها وفيها حمامات يطرن أو بيتا وفيها كوارات عسل يدخل الحمام والنحل تبعا للدار والعسل كذا في الاسعاف والحاصل ان الوقف كالبيع لا يدخل فيهما الزرع والثمر الا بالذكر وفي الاقرار بارض في يده لرجل وفيها ثمرة قائمة كانت الثمرة للمقر له بالارض اذا كانت متصلة بالارض وفي الهبة قال هلال لا تدخل الثمرة في الهبة والهبة باطلة لمكان الشيوع وقال أبو جعفر هذا الحكم في الهبة انما عرف بقول هلال ليس فيها رواية ظاهرة عن أصحابنا وفي رهن الارض يدخل الشجر والكرم والبناء والزرع والثمر في قول أصحابنا ويجوز الرهن كذا في الخانية وفيها لو وقفها بحقوقها فالثمرة التي تكون على الاشجار تدخل في الوقف وفي البيع لا تدخل ولو قال بكل قليل وكثير تدخل في البيع اه وفي الظهيرية وقصب السكر لا يدخل وشجر الورد والياسمين والرحى تدخل في وقف الضيعة ورحى الماء ورحى اليد في ذلك سواء وكذلك الدوالب تدخل والدوالي لا تدخل وفي وقف الحمام تدخل قدور الحمام وفي وقف الحانوت يدخل ما كان يدخل بيعها وخوابي الدباسين وقدور الدباغين لا تدخل سواء كانت في البناء أو لم تكن اه وفي

وصح وقف العقار ببقره وأكرته

(قوله فهو على ستة الخ) يظهر منه أنه أراد بالمعين ما يشمل الموقوف لاجله وهو الله تعالى أو الموقوف عليه عاما كوجوه البر أو خاصا كفلان ولا يخفى ما فيه من التسامح (قوله والثالث الخ) يخالفه ما قدمه قبل ورقة عن ظاهر المجتبى والخلاصة وما قدمناه عن الاسعاف وغيره (قوله جاز عند الكل) لانه لما قال صدقة صار كانه ذكر الفقراء وهو تأبيد معنى بخلاف ما اذا اقتصر على قوله موقوفة فانه لم يذكر فيه التأبيد لا لفظا ولا معنى فيجري فيه الخلاف (قوله فانها تدخل تبعا والبقر والعبيد بلا ذكر) الظاهر ان في العبارة سقطا فان عبارة الاسعاف بعد قوله الآتي تبعا للدار والعسل نصها كما لو وقف ضيعة وذكر ما فيها من العبيد والدوالب وآلات الحراثة فانها تصير وقفا تبعا لها اه فقوله وذكر ما فيها يفيد انها لا تدخل بلا ذكر وهو مفاد قول المتن وصح وقف العقار ببقره وأكرته

وقف أرضا فيها أشجار واستثنى الاشجار لا يجوز الوقف لانه صار مستثنيا للاشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا اهـ والاكرة بفتح الهمزة والكاف الحراثون من أكرت الارض حرثتها واسم الفاعل اكار للمبالغة والجمع اكرة كانه جمع آكر وزان كفرة جمع كافر كذا فى المصباح وفى العناية الاكرة جمع اكار وهو الزراع كانها جمع آكر تقديرا ولم يشترط المصنف لصحة وقف العقار تحديده وانما الشرط كون الموقوف معلوما ولذا قال فى الخلاصة ولو قالا أشهدنا على أرضه انه وقفها وهو فيها ولم يذكر لنا حدودها جازت شهادتهما لانهما شهدا على وقف أرض بعينها الا انهما لا يعرفان جيران الحدود فلم يتمكن الخلل فى شهادتهما ولو شهدا على ان الواقف وقف أرضه وذكر حدودها ولكنا لا نعرف تلك الارض فى انها فى أى مكان جازت شهادتهما ويكلف المدعى اقامة البينة ان الارض التى يدعيها هذه الارض ولو شهدا انه وقف أرضه ولم يحددها لنا ولكنا نعرف أرضه لا تقبل شهادتهما لعل للواقف أرضا أخرى وكذا لو قالا لا نعرف له أرضا أخرى لا تقبل شهادتهما لعل للواقف أرضا أخرى وهما لا يعلمان اهـ وظاهر ما فى فتح القدير اشتراط تحديدها فانه قال اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها اهـ ولا يخفى ما فيه انما ذلك الشرط لقبول الشهادة بوقفيتها كما قدمناه وفى القنية وقف ضيعة يذكر حدود المستثنيات من المقابر والطرقات والمساجد والحياض العامة ثم رقم انه لا بد من ذكر الحدود ان أمكن ثم رقم بانه لا يصح الوقف بدون التحديد اهـ وفى فتح القدير وقف عقارا على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل أن يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى ان تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته الى الفقراء الى أن يولد لفلان اهـ وقد أفاد المصنف ان العبيد يصح وقفهم تبعا للضيعة ولم يذكر أحكامهم فى البقاء من التزويج والجناية وغيرهما وحكمهم على العموم حكم الارقاء فليس له أن يزوج أمته بلا اذن وفى البزازية ولو زوج الحاكم جارية الوقف جاز وعبده لا يجوز ولو من أمة الوقف لانه يلزمه المهر والنفقة اهـ وظاهره ان المتولى لا يملكه الا باذن القاضى ولا فرق بين القاضى والسلطان كما فى الخلاصة وفى الاسعاف وان جنى أحدهم جناية فعلى المتولى ما هو الاصلح من الدفع أو الفداء ولو فداه باكثر من ارش الجناية كان متطوعا فى الزائد فيضمنه من ماله وان فداه أهل الوقف كانوا متطوعين ويبقى العبد على ما كان عليه من العمل فى الصدقة اهـ وفى البزازية وجناية عبد الوقف فى مال الوقف وأما حكم الجناية عليه ففى البزازية قتل عبد الوقف عمدا لا قصاص عليه اهـ ولا يخفى انه اذا لم يجب القصاص تجب قيمته كما لو قتل خطأ ويشترى به المتولى عبدا ويصير وقفا كما لو قتل المدبر خطأ وأخذ المولى قيمته فانه يشترى بها عبدا ويصير مدبرا وقد صرح به فى التحرير معزيا الى الخصاف وأما نفقته فمن مال الوقف وان لم يشترطه الواقف وفى الاسعاف لو شرط نفقتهم من غلتها ثم مرض بعضهم يستحق النفقة ان قال على أن يجرى عليهم نفقاتهم من غلتها أبدا ما كانوا أحياء وان قال لعمالهم فيها لا يجرى شئ من الغلة على من تعطل منهم عن العمل ولو باع

(قوله ولا يخفى ما فيه) اعتراض على الفتح وبينه بقوله انما ذلك الخ وحاصله أن المفهوم من كلام الفتح حيث قيد بالمشهورة ان غيرها لا يصح وقفها ما لم تحدد وفيه مخالفة لما مر فان ذلك شرط لقبول الشهادة لا لصحة الوقف لكن لا يخفى ان ما فى القنية موافق لما فهم من الفتح وكون ذلك فى الشهادة لا ينافى هذا تأمل وفى أوقاف الخصاف قلت فما تقول اذا شهد شاهدان أنه أقر عندهما أنه وقف أرضه التى فى موضع كذا وقالا لم يحددها لنا قال الوقف باطل الا أن تكون الارض مشهورة تغنى شهرتها عن تحديدها فان كانت كذلك قضيت بانها وقف اهـ ثم رأيت فى أنفع الوسائل بعدما قسم مسئلة التحديد الى سبعة صور قال وأما الصورة الثالثة أى ما لو لم يحددها أصلا وهم لا يعرفونها فقال الخصاف فيها الوقف باطل الا أن تكون مشهورة الخ وقال هلال الشهادة باطلة ولا شك أن الذى قاله الخصاف يحتاج الى تأويل ولا يجوز العمل بظاهره وذلك لان الوقف لا يشترط لصحته التحديد فى نفس الامر بل يصح بقول الواقف وقفت دارى على كذا ولا يجوز الحكم بابطال الوقف بمجرد قول الشهود لم يحددها لنا ولا نعرفها ولا هى مشهورة فاذا كان كذلك وجب تأويل قول الخصاف الوقف باطل بمعنى الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره وهذا مما يجب الاعتناء به والتيقظ لفهمه الى آخر ما قاله رحمه الله تعالى

ومشاع قضى بجوازه ومنقول فيه تعامل

العاجز واشترى بثمنه عبدا مكانه جاز اهـ وقول المصنف اكرته دون عبيده فيه دليل على ان العبيد انما يصح وقفهم تبعا للضيعة لاجل زراعتها وكذا قواه في الهداية لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود يدل على انه لو وقف دارا فيها عبيد وجعل العبيد تبعا لها لا يصح لانه لا يصلح للتبعية لان المقصود من الدار سكناها وهو يحصل بدون العبد بخلاف زراعة الارض لا يحصل الا بالحراثة وأما وقف العبيد تبعا للمدرسة والرباط فسيأتي ان بعض المشايخ جوزه وفي الولوالجية رباط كثرت دوابه وعظمت مؤناتها هل للقيم أن يبيع شيأ منها او ينفق ثمنها في علفها أو مرمة الرباط فهذا على وجهين ان صارت البعض منها الى حد لا يصلح لما ربط له كذلك لانه لا يمكنه امساكها وحفظها وان لم تصر بهذه الحالة ليس له ذلك الا انه يمسك في هذا الرباط مقدار ما يحتاج اليها ويربط ما زاد على ذلك في أدنى الرباط اهـ (قوله ومشاع قضى بجوازه) أي وصح وقف المشاع اذا قضى بصحته لانه قضاء في فصل مجتهد فيه ولا خلاف فيه وانما الخلاف فيما يحتمل القسمة قبل القضاء وأطلق القاضي فشمل الحنفي وغيره فان للحنفي المقلد أن يحكم بصحة وقف المشاع وببطلانه لاختلاف الترجيح واذا كان في المسئلة قولان مصححان فانه يجوز القضاء والافتاء باحدهما كما صرحوا به (قوله ومنقول فيه تعامل) أي وصح وقف المنقول مقصودا اذا تعامل الناس وقفه وأما الكراع والسلاح فلا خلاف فيه بين الشيخين وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل من ان التأبيد شرط وهو لا يتحقق فيه ووجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام وأما خالد فقد حبس أدرعاله في سبيل الله تعالى وطلحة حبس ادرعاله في سبيل الله تعالى ويروى كراعه وفي المجتبى والمراد من الكراع الخيل والحمير والبغال والابل والثيران التي يحمل عليها والمراد من السلاح ما يستعمل في الحرب ويكون معدا للقتال اهـ وفي المصباح درع الحديد مؤنثة في الاكثر ويصغر على دريع بغير هاء على قياس ويجوز أن يكون التصغير على لغة من ذكر ورد بما قيل دريعة بالهاء وجمعها أدرع ودروع وادراع قال ابن الاثير هي الزرد وتذكره في الدال المهملة وأما ما سوى الكراع والسلاح فعند أبي يوسف لا يجوز وقفه لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد فيهما فيقتصر عليه وقال محمد يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات واختاره أكثر فقهاء الامصار وهو الصحيح كما في الاسعاف وهو قول عامة المشايخ كما في الظهيرية لان القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد حكى في المجتبى هذا الخلاف في المنقول على خلاف هذا وعزاه الى السير فنقل قول محمد بجوازه مطلقا جرى التعارف به أولا وقول أبي يوسف بجوازه ان جرى فيه تعامل اهـ ومثل في الهداية ما فيه تعامل بالفأس والمر والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف قال وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقالها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة اهـ وجوز الفقيه أبو الليث وقف الكتب وعليه الفتوى كذا في النهاية ولم يجوزه محمد بن سلمة وهو ضعيف وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا على أهل مسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان

(قوله وأما وقف العبيد تبعا للمدرسة الخ) قال الرملي سيأتي قريبا وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط وكذا في فتح القدير وهو صريح في جوازه اصالة فلعله أي قوله تبعا سهو ولو قال على المدرسة والرباط لكان مناسبا لقوله فيأتي وكيف يصح مع أن قول المتن وصح وقف العقار ببقره واكرته صريح في جواز وقفهم تبعا اذ العقار شامل للارض المبنية وغير المبنية تأمل (قوله وقال محمد يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات الخ) واذا عرفت ان وقف المنقول انما هو على مذهب الامام محمد رحمه الله تعالى راعيت الشروط التي اشترطها في الوقف فيها أيضا ككونه مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة مسلما الى متول وان سقط التأبيد لكن ذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل مسئلة جوز فيها جواز الوقف والحكم به وان كان مركبا من مذهبين واستشهد عليها بكلام المنية وسنشير اليه عند الكلام على الناظر (قوله وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا الخ) تقدم قبل ورقتين تفسير ما لا يحصى وأن الفتوى على تفويضه الى رأى الحاكم وفي النهر وبهذا عرف حكم نقل كتب الاوقاف من محالها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون فان كان الواقف وقفها على المستحقين في وقفه لا يجوز نقلها ولا سيما اذا كان الناقل ليس منهم وان على طلبة العلم وجعل مقرها في خزانته التي في مكان كذا ففي جواز النقل تردد اهـ قلت وفي وقف بلادنا يشترط الواقف أن لا يخرج من موضعه الا لمراجعة فلا تردد حينئذ في عدم الجواز الا للمراجعة فلا يجوز أخذ الطالب منه

وقف على المسجد جاز و يقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد
اه وذكر في البحر في بحث الحقيقة ان التعامل هو الاكثر استعمالا فلذا اقتصر الامام محمد على
هذه الاشياء فخرج ما لا تعامل فيه كالثياب والحيوان والذهب والفضة ولو حليا لان الوقف فيه
لا يتأبد ولا بد منه بخلاف الكراع والسلاح لورود النص بهما وما ذكرناه للتعامل فبقي ما عدا ذلك
على أصل القياس وقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما قاله محمد لما رأوا من جريان التعامل
بها ففي الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان
ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون ذلك جائزا وعن الانصاري وكان من أصحاب
زفر فيمن وقف الدراهم أو الدنانير أو الطعام أو ما يكال أو يوزن أيجوز قال نعم قيل وكيف قال تدفع
الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه
مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض
للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم
من الفقراء أبدا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند
والاكسية واسترة الموتى اذا وقف صدقة أبدا جاز وتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في
أوقات لبسها ولو وقف ثورا لانزاء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله
تعالى فلو وقفه على أن يمسكه ما دام حيا ان أمسكه للجهاد له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان
لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه واذا أراد أن ينتفع به في غير ذلك ليس له ذلك وصح جعله
للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى نفقته فيؤاجر
بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذا دليل على ان المسجد اذا احتاج الى نفقة تؤاجر قطعة منه
بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عندي غير صحيح لانه يعود الى القبح الذي لاجله استثنى أبو يوسف
المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما واصطبلا تربط فيه الدواب عاما ولو قال
انما يؤجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحائض
والجنب فيه ولو قال لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له تغيير أحكامه الشرعية ولا شك ان
باحتياجه الى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله
واستغني عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف وأما اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته
في بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجواري على
مصالح الرباط كذا في فتح القدير ولم يذكر وقف السفينة ولم أر من صرح بها ولا شك في دخولها
تحت المنقول الذي لا تعامل فيه فلا يجوز وقفها وقد وقف بعضهم سفينة على مقام الشافعي فسألني
عنه فاجبت بعدم الصحة بناء على هذا وفي الظهيرية وقف بستانا بما فيه من البقر والغنم والرقيق
يجوز ولو وقف دابة على رباط فخرب الرباط واستغنى الناس عنه فانها تربط في أقرب الرباطات اليه
وفي القنية وقف الادوية بالتيمارخانة لا يجوز الا اذا ذكر الفقراء بقي مسئلتان الاولى وقف البناء
بدون الارض جزم هلال بعدم الجواز ونقله في الخانية عن الاصل ثم قال ولا يجوز وقف البناء
في أرض هي عارية أو اجارة وان كانت ملكا للواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان
البناء في أرض وقف جاز على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها اه ويستثنى من الاجارة ما ذكر
الخصاف من ان الارض اذا كانت متقررة للاحتكار فانه يجوز والحاصل ان في وقف البناء وحده

كراسة ولا جزأ بالاولى
مراعاة لشرط الواقف مع
أن الطلبة يأخذونه الى
بيوتهم ويقرؤن
ويطالعون فيه مع أن مراد
الواقف حفظ الكتب
عن الضياع ولم نر من
يتجنب عن ذلك في زماننا
ولعله بناء على عدم
ثبوت ذلك الشرط عن
الواقف عندهم وان
كان مكتوبا على ظهر
الكتاب لاحتمال أن
يكون ذلك من زيادة
الكاتب أو ليجعل حيلة
لمنع من يخاف منه الضياع
كما أخبرني بعض قوام
الكتب أن واقفها كتب
ذلك الشرط لذلك (قوله
وهذا عندي غير صحيح الخ)
هو من كلام فتح القدير

اختلافا اذا لم يكن موقوفا على الجهة التى وقفت الارض عليها وما فى الظهيرية اذا كان أصل البقعة وقفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقفه على جهة أخرى اختلفوا فيه وأما اذا وقفه على الجهة التى كانت البقعة وقفا عليها جاز اتفاقا تبعا للبقعة اه وفى الذخيرة وقف البناء من غير وقف الاصل لم يجز وهو الصحيح لانه منقول وقفه غير متعارف واذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قربة أخرى اختلفوا فيه اه وظاهره ان الصحيح عدم الجواز مطلقا وقد نقلنا الاتفاق فيما اذا كانت الارض وقفا ووقف البناء الى تلك الجهة فبقى ما عدا هذه الصورة داخلا تحت الصحيح وهو شامل لما اذا كانت الارض ملكا أو وقفا على جهة أخرى وقصره الطرسوسى فى أنفع الوسائل على ما اذا كانت الارض ملكا وليس بظاهر واستخرج الطرسوسى جواز وقف بناء وضعه صاحبه على أرض وقف استأجرها ولو كان على جهة أخرى وكذا لو بنى فى الارض الموقوفة المستأجرة مسجدا ووقفه لله تعالى انه يجوز قال واذا جاز فعلى من يكون حكره الظاهر انه يكون على المستأجر مادامت المدة باقية فاذا انقضت ينبغى أن يكون فى بيت المال اه وفى البزازية وقف البناء بدون الارض لم يجوزه هلال وهو الصحيح وعمل أئمة خوارزم على خلافه اه وفى المجتبى لا يجوز وقف البناء بدون الاصل هو المختار اه وفى الفتاوى السراجية سئل هل يجوز وقف البناء والغرس دون الارض أجاب الفتوى على صحة ذلك اه وظاهره انه لا فرق بين أن يكون الارض ملكا أو وقفا وفى القنية من كتاب الاجارات يفتى برواية جواز استئجار البناء اذا كان منتفعا به كالجدرات مع السقف وفى ظاهر الرواية لا يجوز لانه لا ينتفع بالبناء وحده اه وأما الحكر فقال المقريزى فى الخطط ان أصله المنع فقول أهل مصر حكر فلان يعنون به منع غيره من البناء اه الثانية وقف الشجر قال فى الظهيرية واذا غرس شجرة ووقفها ان غرسها فى أرض غير موقوفة لا يخلو اما ان يقفها بموضعها من الارض أولا فان وقفها بموضعها من الارض صح تبعا للارض بحكم الاتصال وان وقفها دون أصلها لا يصح وان كانت فى أرض موقوفة فوقفها على تلك الجهة جاز كما فى البناء وان وقفها على جهة أخرى فعلى الاختلاف الذى ذكرناه آنفا اه وفى المحيط رجل غرس فى المسجد يكون للمسجد لانه بمنزلة البناء بالمسجد وكذا لو بنى فى أرض الوقف أو نصب فيها بابا فان نوى عند البناء انه بنى للوقف يصير وقفا لانه جعله وقفا ووقف البناء تبعا لغيره يجوز وان لم ينو ذلك لا يصير وقفا لانه لم يجعله وقفا ولو غرس فى أرض موقوفة على الرباط ينظر ان تولى الغارس تعاهد الارض الموقوفة فالاشجار للوقف لان هذا من جملة التعاهد وان لم يتول فهى للغارس وعليه قلعها لانه ليس له هذه الولاية ولو غرس على طريق العامة أو على شط نهر العامة أو على شط حوض القرية فالشجرة للغارس وله قلعها لانه ليس له ولاية على العامة اه وفى الخانية لو غرس الواقف للارض شجرا فيها قالوا ان غرس من غلة الوقف أو من مال نفسه لكن ذكر انه غرس للوقف يكون للوقف وان لم يذكر شيأ وقد غرس من مال نفسه يكون له ولورثته من بعده ولا يكون وقفا واذا صح وقف الشجرة تبعا لاصلها فان كان ينتفع باوراقها وأثمارها فانه لا يقطع أصلها الا أن تفسد أغصانها ولو كان لا ينتفع باوراقها ولا بأثمارها فانه يقطع ويتصدق بها مسجد فيه شجرة التفاح

(قوله وظاهره أن الصحيح الخ) أى ظاهر قوله لم يجز هو الصحيح أن الصحيح عدم الجواز مطلقا أى فى جميع الصور سوى مسئلة الاتفاق فصار تصحيح عدم الجواز مقصورا على ما اذا كانت الارض ملكا أو وقفا على جهة أخرى وقصره الطرسوسى على الارض الملك فقط وهو غير ظاهر (قوله وكذا لو بنى فى الارض الموقوفة المستأجرة مسجدا الخ) هذا مخالف لما سيذكره المؤلف فى أوائل فصل المسجد من اشتراط كون أرضه مملوكة (قوله وأما الحكر الخ) قال الرملى وفى القاموس الحكر الظلم واساءة المعاشرة والفعل كضرب ثم قال وبالتحريك ما احتكر أى احتبس وفاعله حكر كفرح وأقول والارض المحتكرة هى التى وقف بناؤها ولم توقف هى كان استأجر أرضا للبناء عليها وبنى فيها ثم وقف البناء كذا رأيت لبعض الشافعية وأقول الارض هى المقررة للاحتكار أعم من أن تكون وقفا أو ملكا والاحتكار فى العرف اجارة يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالارض قالوا لو بنى على أرض مقررة للاحتكار فباع البناء لا شفعة فيه لانه من قسم المنقول (قوله أن تولى الغارس تعاهد الارض) أى بان كان له ولاية عليها وعبارة الاسعاف أظهر وهى فلو غرس رباطى شجرة فى وقف الرباط وتعاهدها حتى كبرت ولم يذكر وقت الغرس أنها للرباط قال الفقيه أبو جعفر ان كان اليه ولاية

الأرض الموقوفة فالشجرة وقف والا فهي له ولورثته (قوله ومقتضاه في البيت الموقوف الى قوله ليبيعها) أي ليبيع الاثمار لا الاشجار فانه لا يجوز بيعها الاحتمال أن غرض الغارس وقفها وسيأتي في المسئلة الرابع عشرة عن الظهيرية شجرة وقف في دار وقف خربت ليس للمتولي أن يبيع الشجرة ويعمر الدار ولكن يكرى الدار ويستعين بالكراء على عمارة الدار لا بالشجرة اه وهذا مع خراب الدار فكيف يجوز بيعها مع عمارتها ثم الظاهر أنه يدفعها للمستأجر معاملة قال في الاسعاف ولو كان في أرض الوقف شجر فدفعه معاملة بالنصف مثلا جاز اه فتأمل (قوله فسكنها المشتري) قال المقدسي لعله اتفاقي بل وضع يده عليه كاف (قوله وذكر في القنية أنه لا يجب) ونصه سم مح سكن

ولا يملك الوقف

الدار سنين يدعى الملك ثم استحقت للوقف بالبينة العادلة لا يجب عليه أجر ما مضى اه قال الرملي ما في القنية مذهب المتقدمين ووجوب الاجرة قول المتأخرين كما نص عليه في الاسعاف وصاحب القنية نقل القولين (قوله بخلاف ما مر) الاشارة الى عدم الوجوب في العبارة التي نقلناها عنه (قوله فان هدم المشتري البناء الخ) في فتاوى قارئ الهداية سئل اذا استأجر شخص دارا وقفا من مؤجر شرعي ثم أنه هدمها بيده العادية وغير معالمها وجعلها حوانيت أو فرنا أو غير ذلك فهل يلزم المستأجر هدم ما بناه واعادة العين الموقوفة كما كانت أولا أجاب ينظر القاضي في ذلك ان كان ما غيرها اليه أنفع لجهة الوقف وأكثر ريعا أخذ منه الاجرة وبقي ما عمر لجهة الوقف وهو متبرع بما أنفقه في العمارة ولا يحسب له من الاجرة فان لم يكن أنفع لجهة الوقف ولا أكثر ريعا ألزم بهدم ما صنع واعادة الوقف الى الصفة التي كان

قال بعضهم يباح للقوم أن يفطروا بهذا التفاح والصحيح انه لا يباح لان ذلك صار وقفا للمسجد يصرف الى عمارته شجرة على طريق المارة جعلت وقفا على المارة يباح تناول ثمرها للمارة ويستوى فيه الفقير والغني ولو كانت الثمار على أشجار رباط المارة قال أبو القاسم أرجو ان يكون النزال في سعة من تناولها الا أن يعلم ان غارسها جعلها للفقراء قال الفقيه أبو الليث اذا لم يكن الرجل من ساكني الرباط فالاحوط له أن يحترز من تناولها الا أن تكون ثمار الاقيمة لها كالتوت اه وقد وقعت حادثة هي ان المستأجر للدار الموقوفة المشتملة على الاشجار هل له أن يأكل من ثمارها اذا لم يعلم بشرط الواقف فيها وفي الحاوي وما غرس في المساجد من الاشجار المثمرة ان غرس للسبيل وهو الوقف على العامة كان لكل من دخل المسجد من المسلمين أن يأكل منها وان غرس للمسجد لا يجوز صرفها الا الى مصالح المسجد الاهم فالاهم كسائر الوقوف وكذا ان لم يعلم غرض الغارس اه ومقتضاه في البيت الموقوف اذا لم يعرف الشرط أن يأخذها المتولي ليبيعها ويصرفها في مصالح الوقف ولا يجوز للمستأجر الاكل منها وفي القنية يجوز للمستأجرين غرس الاشجار والكروم في الاراضي الموقوفة اذا لم يضر بالارض بدون صريح الاذن من المتولي دون حفر الحياض وانما يحل للمتولي الاذن فيما يزيد الوقف به خيرا قال مصنفها قلت وهذا اذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها أما اذا كان لا يحرم الحفر والغرس لوجود الاذن في مثلها اه وفي فتح القدير وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها اه وفي البزازية وقال الفضلي وبيع الاشجار الموقوفة مع الارض لا يجوز قبل القلع كبيع الارض وقال أيضا ان لم تكن مثمرة يجوز بيعها قبل القلع أيضا لانه غلتها والمثمرة لا تباع الا بعد القلع كبناء الوقف اه (قوله ولا يملك الوقف) باجماع الفقهاء كما نقله في فتح القدير ولقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها لا تباع ولا تورث ولانه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع أفاد بمنع تمليكه وتملكه منع رهنه فلا يجوز للمتولي رهنه قال في الخانية المتولي اذا رهن أرض الوقف بدين لا يصح وكذلك أهل الجماعة اذا رهنوا فان سكن المرتهن الدار قال بعضهم عليه أجر المثل سواء كانت الدار معدة للاستغلال أو لم تكن نظرا للوقف وكذلك متولي المسجد اذا باع منزلا موقوفا على المسجد فسكنها المشتري ثم عزل هذا المتولي وولي غيره فادعى الثاني المنزل على المشتري وأبطل القاضي بيع المتولي وسلم الدار الى المتولي الثاني فعلى المشتري أجر المثل اه ولا فرق بين أن يكون البائع المتولي أو غيره بل وجوب أجر المثل فيما اذا باعه غير المتولي بالاولى وذكر في القنية انه لا يجب وهو ضعيف لانه وان سكن بتأويل الملك يجب أجر المثل مراعاة للوقف وفي القنية سكنها ثم بان انها وقف أو لصغير يجب أجر المثل بخلاف ما مر وفي المحيط فان هدم المشتري البناء فالقاضي بالخيار ان شاء ضمن البائع قيمة البناء وان شاء ضمن المشتري فان ضمن البائع

علم انه عند تعزيره بما يليق بحاله اه (قوله قلت انه في وقف لم يحكم بصحته ولزومه الخ) قال الرملي أقول الذي يظهر الاطلاق لان بيعه استبدال لا فسخ والاستبدال ليس فيه فسخ القضاء السابق حتى يمتنع فاذا رآه حاكم وقضى به بعد استكمال شرائطه فهو قضاء في محل مجتهد فيه والقضاء في مثله يرفع الخلاف فتأمل الفرق يظهر لك الحق وفرق بين الفسخ والابطال وبين البيع والاستبدال اه (قوله وأما ما أفتى به العلامة سراج الدين الخ) أقول قد وافق المؤلف في فتاواه ما أفتى به سراج الدين فأفتى بالجواز ثم قال وبهذا أفتى سراج الدين قارئ الهداية وهو شاهد لصحة ما أفتيت به أن الواقف لو باع الوقف غير المسجد وحكم بصحة البيع حاكم نفذ البيع وان صحح المشايخ قولهما في الوقف لوقوع القضاء في محل الاجتهاد وقد صرح بذلك الامام البزازي في كتاب الوقف فليراجع اه وعبارة البزازية نصها وذكر شمس الاسلام رحمه الله تعالى افتقر الواقف واحتاج الى الوقف يرفع الى الحاكم حتى يفسخ ان لم يكن مسجدا وهذا ظاهر على مذهب الامام رحمه الله وأما على مذهبهما فيصح أيضا لوقوعه في فصل مجتهد اه وعلى هذا مشى تلميذ المؤلف ٢٢٢ في متن التنوير وشرحه وقال به يندفع ما ذكره العلامة قاسم ومن تبعه لما في السراجية من تصحيح أن المفتي يفتي بقول الامام أبي حنيفة على الاطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يتخير اذا لم يكن مجتهدا وقول الامام مصحح أيضا فقد جزم به بعض أصحاب المتون ولم يعولوا على غيره اه وعزا مثله في الدر المختار الى المولى أبي السعود مفتي الروم قلت وقد أفتى الشيخ سراج الدين بخلاف فتواه الاولى فانه ذكر بعدها سئل عن رجل وقف وقفا على جهات ولم يحكم به حاكم ثم رجع ووقفه على جهات غير الاول وحكم بهذا حنفي هل يصح أولا أجاب مذهب الامام أن الوقف لا يلزم الا بالحكم أو تعليقه لا بموته ثم يموت قبل أن يرجع عما علقه فعلى هذا يبطل الوقف ويصح الثاني لكن الفتوى في الوقف على قولهما أنه لا يشترط للزومه شئ مما شرطه أبو حنيفة فعلى هذا الوقف هو الاول وما فعله ثانيا لا اعتبار به الا أن يكون شرط في وقفه الاول ان له أن يغيره بما شاء من الجهات والمصارف غير الاول فيصح ذلك اه وفي فتاوى العلامة قاسم ما نصه وسئل عن رجل وقف شيأ معينا من ماله على نفسه ثم من بعده على جهة معينة ولم يتصل بحاكم شرعي ثم بعد ذلك وقف ذلك الشئ بعينه على نفسه ثم من بعده على جهة أخرى غير وحكم بصحة هذا الوقف الثاني ولزومه حاكم حنفي في وجه الواقف في ساعة الوقف ولم يتصل الوقف الاول بحاكم أصلا ثم بعد موت الواقف واتصال العين الموقوفة الى الجهة الثانية حكم حاكم حنفي بصحة الوقف الاول لعدم علمه بالوقف الثاني والحكم به فأي الوقفين هو الصحيح المعمول به أجاب رحمه الله الوقف الاول هو الصحيح لاتفاق المشايخ على أن الفتوى على قولهما بلزوم الوقف وحيث كان لازما لا يصح تغييره بلا شرط منه ولا يضر في لزومه عدم اتصاله بحاكم لان الحاكم ممنوع شرعا من الحكم

نفذ بيعه لانه ملكه بالضمان فصار كانه باع ملك نفسه وان ضمن المشتري لا ينفذ البيع وعلك المشتري البناء بالضمان ويكون الضمان للوقف لا للموقوف عليهم اه فان قلت قال في الخلاصة وفي فوائد شمس الاسلام الواقف اذا افتقر واحتاج الى الوقف يرفع الامر الى القاضي حتى يفسخ ان لم يكن مسجدا اه وفي البزازية والخلاصة ولو وقف محدودا ثم باعه وكتب القاضي شهادته في صك البيع وكتب في الصك باع فلان منزل كذا أو كان كتب وأقر البائع بالبيع لا يكون حكما بصحة البيع ونقض الوقف ولو كتب باع بيعا جائزا صحيحا كان حكما بصحة البيع وبطلان الوقف واذا أطلق الحاكم وأجاز بيع وقف غير مسجل ان أطلق ذلك للوارث كان حكما بصحة بيع الوقف وان أطلقه لغير الوارث لا يكون ذلك نقضا للوقف أما اذا بيع الوقف وحكم بصحته قاض كان حكما ببطلان الوقف اه وفي القنية وقف قديم لا يعرف صحته ولا فساده باعه الموقوف عليه لضرورة وقضى القاضي بصحة البيع ينفذ اذا كان وارث الواقف ثم رقم باعه الوارث لضرورة فالبيع باطل ولو قضى القاضي بصحته ولا يفتح هذا الباب اه قلت انه في وقف لم يحكم بصحته ولزومه بدليل قوله في الخلاصة ان لم يكن مسجلا أي محكوما به ومع ذلك الحمل أيضا فهو على قول الامام المرجوح وعلى قولهما الراجح المفتى به لا يجوز بيعه قبل الحكم بلزومه لا للوارث ولا لغيره ولو قضى قاض بصحة بيعه وان كان حنفيا مقلدا فحكمه باطل لانه لا يصح الا بالصحيح المفتى به فهو معزول بالنسبة الى القول الضعيف ولذا قال في القنية تفريعا على الصحيح والبيع باطل ولو قضى القاضي بصحته وقد أفتى به العلامة قاسم وأما ما أفتى به العلامة سراج الدين قارئ الهداية من صحة الحكم ببيعه قبل الحكم بوقفه فمحمول على ان القاضي مجتهد أو سهو منه وظاهر قول المصنف وأصحاب المتون والهداية انه لا يجوز استبداله ولو خرب وانه

لا تعود ملكا للواقف ولا لورثته لعدم استثنائهم شيأ من قولهم لا يملك وظاهر قولهم ان الوقف لا يملك ولا يباع يقتضي ان الوقفية لا تبطل بالخراب ولا تعود الى ملك الواقف ووارثه وانه لا يجوز الاستبدال ولذا قال الامام قاضيخان ولو كان الوقف مرسلا لم يذكر فيه شرط الاستبدال لم يكن له أن يبيعها ويستبدل بها وان كانت أرض الوقف سبخة لا ينتفع بها لان سبيل الوقف أن يكون مؤبدا لا يباع وانما تثبت ولاية الاستبدال بالشرط وبدون الشرط لا تثبت فهو كالبيع المطلق عن شرط الخيار لا يملك المشتري رده وان لحقه في ذلك غبن اه وفي الخلاصة وفي فتاوى النسفي بيع عقار المسجد لمصلحة المسجد لا يجوز وان كان بامر القاضي وان كان خرابا فاما بيع النقض فيصح ونقل عن شمس الائمة الحلواني انه يجوز للقاضي وللمتولي أن يبيعه ويشتري مكانه آخر وان لم ينقطع ولكن يؤخذ بثمنه ماهو خير منه للمسجد لا يباع وقد روي عن محمد اذا ضعفت الارض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ماهو أكثر ريعا وفي الفتاوى قيم وقف خاف من السلطان أو من وارث يغلب على أرض وقف يبيعها ويتصدق بثمنها وكذا كل قيم اذا خاف شيأ من ذلك له أن يبيع ويتصدق بثمنها قال الصدر الشهيد والفتوى على انه لا يبيع ومما يوافق هذا ما روى الامام السرخسي في السير الكبير في باب الاسر في الدفتر الثاني ذكر مسئلة ثم قال وبهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف والشيخ الامام ظهير الدين كان يفتي بجواز الاستبدال ثم رجع اه ما في الخلاصة وفي شرح الوقاية ان أبا يوسف يجوز الاستبدال في الوقف من غير شرط اذا ضعفت الارض من الريع ونحن لا نفتي به وقد شاهدنا في الاستبدال من الفساد ما لا يعد ولا يحصى فان ظلمة القضاة جعلوه حيلة الى ابطال أكثر أوقاف المسلمين وفعلوا ما فعلوا اه وفي الذخيرة سئل شمس الائمة الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى قال نعم قيل ان لم تتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ماهو خير منها هل له أن يبيعها قال لا ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل أو لم يتعطل وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف وهكذا أفتى شمس الائمة السرخسي وقد روينا عن محمد في فصل العمارة اذا ضعفت الارض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أرضا أخرى أكثر ريعا له أن يبيع هذه الارض ويشتري وفي المنتقى قال هشام سمعت محمدا يقول الوقف اذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضي وذكر محمد في السير الكبير مسئلة تدل على عدم جواز الاستبدال بالوقف وصورتها الكفار اذا استولوا على بلدة من بلاد المسلمين ثم ظهر عليها المسلمون وقسموها فيما بينهم فاصاب رجل من الغانمين أرضا فجعلها صدقة موقوفة للمساكين ودفعها الى قيم يقوم عليها ثم حضر المالك القديم فليس له أن يأخذها قالوا وهذا لانه زال عن ملك الواقف وصار بحال لا يقبل النقل من ملك الى ملك فلا يكون للمالك القديم حق الملك اما على قول أبي حنيفة الوقف باطل حتى كان للواقف أن يبيع الوقف حال حياته واذا مات يصير ميراثا عنه فكان للمالك القديم حق الاخذ الا في المسجد خاصة فان اتخاذ المسجد عنده صحيح ويزول عن ملكه بمجرده فلا يكون للمالك القديم حق الاخذ فيه اه وأما ما في الذخيرة وغيرها حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة زاد في فتاوى الخاصي اذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير

بخلاف ما عليه الفتوى والله أعلم (قوله فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره الخ) قال الرملي لا تنسى ما قدمه باسطر عن شمس الائمة الحلواني بنقل الذخيرة حين سئل عن أوقاف المسجد اذا تعطلت هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى قال نعم ولا قولهم الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ولا اتفاق المشايخ المتأخرين على أن الافضل لاهل المسجد أن ينصبوا متوليا ولا يعلموا القاضي في زماننا لما علم من طمع القضاة في أموال الاوقاف صرح به في التتارخانية وغيرها في كثير من كتب المذهب (قوله وذكر محمد في السير الكبير مسئلة الخ) قال الرملي يجب تقييد المسئلة بما اذا كان استيلاء الكفار يوجب ملكهم على البلدة بان كانت متصلة بدارهم أما اذا كانت بين بلاد المسلمين لا يملكونها بذلك فلا يصح للمقاتلين قسمتها بينهم فيبطل ما ترتب عليها ويأخذها مالكها ولو اتخذت مسجدا وصار كما لو غصب أرض الغير واتخذها مسجدا تامل

فينتفع بثمنه فقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعدما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وسيأتي تمامه في بيان شروط الواقف عند قوله وان شرط الولاية لنفسه وفي الخانية المتولي اذا اشترى من غلة المسجد حانوتا أو دارا أو مستغلا آخر جاز لان هذا من مصالح المسجد وان أراد المتولي أن يبيع ما اشترى أو باع اختلفوا فيه قال بعضهم لا يجوز هذا البيع لان هذا صار من أوقاف المسجد وقال بعضهم يجوز هذا البيع وهو الصحيح لان المشتري لم يذكر شيئا من شرائط الوقف فلا يكون ما اشترى من جملة أوقاف المسجد اه وفي القنية انما يجوز الشراء باذن القاضي لانه لا يستفاد الشراء من مجرد تفويض القوامة اليه فلو استدان في ثمنه وقع الشراء له اه (قوله ولا يقسم وان وقفه على أولاده) أي لا يقسم الموقوف بين مستحقيه ولو كانوا أولاد الواقف لانه لا حق لهم في العين وانما حقهم في الغلة وفي فتح القدير وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا يجوز التهايؤ وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله أبدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا أكريت ووضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الاعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم الا سكناها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا وأناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم وللنساء أن يسكن أزواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة انما سكناها لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم وعن هذا يعرف انه لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب الآخر أجرة حصته على الساكنين بل ان أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لاحدهم ذلك والا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفروع في أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور اه وفي الاسعاف ولو قسمه الواقف بين أربابه ليزرع كل واحد منهم نصيبه وليكون المزروع له دون شركائه توقف على رضاه ولو فعل أهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ولمن أبى منهم بعد ذلك ابطاله اه قيدنا بقسمته بين مستحقيه لان القسمة لتمييز الوقف عن الملك جائزة كما قدمناه في قوله ولا يتم حتى يقبض ويفرز وفي القنية ضيعة موقوفة على الموالي فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة لا قسمة تملك اه وفي القنية أحد الشريكين اذا استعمل الوقف بالغلبة بدون اذن الآخر فعليه أجر حصة الشريك سواء كانت وقفا على سكناهما أو موقوفة للاستغلال وفي الملك المشترك لا يلزم الاجر على الشريك اذا استعمله كله وان كان معدا للاجارة وليس للشريك الذي لم يستعمل الوقف أن يقول للآخر أنا أستعمله بقدر ما استعملت لان المهايأة انما تكون بعد الخصومة اه فعلى هذا قول الخصاف لا يستوجب الآخر أجرة معناه قبل السكنى لو طلب أن يجعل عليه شيئا أما بعد السكنى

ولا يقسم وان وقفه على أولاده

(قوله وفي الخانية المتولي اذا اشترى الخ) قال الرملي وفي البزازية بعد ذكر ما تقدم وذكر أبو الليث في الاستحسان يصير وقفا وهو صريح في أنه المختار اه قلت وفي التتارخانية والمختار أنه يجوز بيعها ان احتاجوا اليه قال الفقيه ينبغي أن يكون ذلك بأمر الحاكم احتياطا في موضع الخلاف (قوله لا يستوجب الآخر أجرة) قال الرملي سيأتي في آخر المقولة تقييده بما اذا لم يسكن بالغلبة أما اذا سكن بها استوجب أجرة حصته (قوله والاصل المذكور) قال الرملي يعني أن الموقوف عليهم السكنى ليس لهم الا السكنى اه قلت والاظهر انه أراد به ما قدمه من قوله وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الارباب الخ (قوله وفي الاسعاف ولو قسمه الواقف الخ) قال الرملي يعني أنه يخالف ما تقدم وأقول قد يوفق بين القولين بما في القنية من قوله ضيعة موقوفة على الموالي فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة لا قسمة تملك فيحمل ما في الخصاف على قسمة التملك وما في الاسعاف على قسمة الحفظ والعمارة وقد ذكر في فتاوى الحانوتي أن قسمة التناوب فيه جائزة ومثل له بمسألة الارض المذكورة فهو مؤيد لما قلته تأمل اه قلت وقد يوفق أيضا بأن ما في الخصاف محمول على قسمة الجبر وما في الاسعاف على قسمة التراضي بلا لزوم ولذا والأجرة قال ولمن أبى منهم بعد ذلك ابطاله (قوله فعلى هذا قول الخصاف لا يستوجب الخ) قال الرملي كان يختلج خاطري أن هذا سهو لكني كنت أمسك نفسي عن الكتابة عليه حتى طلبت من بعض الاخوان نسخة النهر من هذا المكان فرأيته قال وعندي ان هذا

فالاجرة واجبة عليه وأفاد المصنف من عدم جواز القسمة ان أرض الوقف لو كانت بين اثنين فاقتسماها فلاحدهما ابطالها وانه لو آجر احدهما حصته فالاجر بينهما وقيل للمؤجر والمسئلتان في القنية (قوله ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائما الا بالعمارة فثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يؤخذون به لعدم تعينهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب العمارة فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهي في ماله أي مال شاء اذا كان حيا ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه فان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفه الى شئ آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء مقصود الواقف ولا ضرورة في الزيادة كذا في الهداية وبهذا علم ان عمارة الاوقاف زيادة على ما كانت العين عليه زمن الواقف لا يجوز الا برضا المستحقين وظاهر قوله بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة منع البياض والحمرة على الحيطان من مال الوقف ان لم يكن فعله الواقف وان فعله فلا منع ثم اعلم ان التعمير انما يكون من غلة الوقف اذا لم يكن الخراب بصنع أحد ولذا قال في الولوالجية رجل آجر دارا موقوفة فجعل المستأجر رواقها مربطا يربط فيه الدواب وخربها يضمن لانه فعل بغير الاذن اه ومما اتفق عليه أصحاب الفتاوى ان القيم اذا استأجر أجيرا للعمارة بدرهم ودانق وأجر مثله درهم فاستعمله في العمارة ونقد الاجرة من مال الوقف يضمن جميع ما نقد لان الاجارة وقعت له لا للوقف اه وصرحوا في نقش المسجد بالجص وماء الذهب ان المتولي لو فعله من مال الوقف ضمن وقدمناه وههنا مسائل مهمة في العمارة الاولى قال في فتح القدير ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وفي الخانية اذا اجتمع من غلة الارض في يد القيم فظهر له وجه من وجوه البر والوقف محتاج الى الاصلاح والعمارة أيضا ويخاف القيم انه لو صرف الغلة الى العمارة يفوت ذلك البر فانه ينظر انه ان لم يكن في تأخير اصلاح الارض ومرمته الى الغلة الثانية ضرر بين يخاف خراب الوقف فانه يصرف الغلة الى ذلك البر وتؤخر المرمة الى الغلة الثانية وان كان في تأخير المرمة ضرر بين فانه يصرف الغلة الى المرمة فان فضل شئ يصرف الى ذلك البر والمراد من وجه البر ههنا وجه فيه تصدق بالغلة على نوع من الفقراء نحو فك أسارى المسلمين أو اعانة الغازي المنقطع لان هؤلاء من أهل التصدق عليهم فجاز صرف الغلة اليهم فاما عمارة مسجد أو رباط أو نحو ذلك مما هو ليس باهل للتمليك لا يجوز صرف الغلة اليه لان التصدق عبارة عن التمليك فلا يصح الا ممن هو من أهل التمليك اه وظاهره انه يجوز الصرف على المستحقين وتأخير العمارة الى الغلة الثانية اذا لم يخف ضرر بين الثانية لو صرف المتولي على المستحقين وهناك عمارة لا يجوز تأخيرها فانه يكون ضامنا لما في الذخيرة اذا كانت في تلك السنة غلة ففرق القيم الغلة على المساكين ولم يمسك للخراج شيأ فانه يضمن حصة الخراج لان بقدر الخراج وما يحتاج اليه الوقف من العمارة والمؤنة مستثنى عن حق الفقراء فاذا دفع اليهم ذلك ضمن اه واذا ضمن ينبغي ان لا يرجع على المستحقين بما دفعه اليهم في هذه الحالة قياسا على مودع الابن اذا أنفق على الابوين بغير اذنه وبغير اذن القاضي فانهم قالوا يضمن ولا رجوع له على الابوين قالوا لانه ملكه بالضمان

سهو ولاختلاف الموضوع وذلك ان ما في القنية فيما اذا استعمله بالغلة وما في الخصاف فيما اذا لم يجد الآخر موضعا يكفيه فتدبره اه (قوله واذا ضمن ينبغي أن لا يرجع على المستحقين الخ) قال الرملي قال في النهر أقول فيه نظر بل ما دام المدفوع قائما في يده له الرجوع فيه لا ما اذا هلك اذ قصارى الامر انه هبة وفيها له الرجوع ما دامت العين قائمة بالتراضي أو

و يبدأ من غلته بعمارته بلا شرط

بقضاء القاضي الا لمانع فتدبره اه أقول لا وجه لجعله هبة بل هو دفع مال يستحقه غير المدفوع اليه على ظن انه يستحقه المدفوع اليه فينبغي الرجوع قائما أو مستهلكا ويفرق بينه وبين نفقة مودع الابن على الابوين بانه مأمور بالحفظ وانفاقه عليهما ضده اذ هو اتلاف بخلاف الدفع للمستحقين فانه من جملة ما هو داخل تحت تصرف المتولي في الجملة والمودع لا تصرف له في الوديعة بوجه من الوجوه فاذا ضمن ملك المدفوع منه لهما على جهة الانفاق بخلاف

المدفوع على جهة انه حقه فانه اذا استهلكه على هذا الوجه ولم يكن حقيقة ضمنه كالدين المظنون ملخصه أن مودع الابن دفع للانفاق ولم يؤمر به فضمن ولا يرجع لانه اذن له بها والناظر دفع على انه استحقاقه وهو آخذه على ذلك هذا وقد ذكر في جامع الفصولين في الثالث والثلاثين في بيان الغصب أودعه ثيابا فجعل المودع ثوبه فيها ثم طلب الوديعة ثم بها فدفع الكل اليه فرب الوديعة يضمن ثوب المودع اذ من أخذ شيأ على انه له ولم يكن له ضمنه اه ومقتضى ما ذكر انه يضمنه المستحق هنا أيضا لانه أخذه على انه له وليس له فيضمنه اللهم الا أن يقال انه دفع الثوب ناسيا له فلم يعتبر دفعه له فكانه أخذه بنفسه من غير دفعه له فكان متعديا في أخذه لذلك فكانت امانة في يده تأمل اه وفي شرح المقدسي ما يوافقه حيث قال وينبغي أن يرجع عليهم لاخذهم ما لا يستحقونه وهو لم يدفعه متبرعا بل ليوفيهم معلومه من غلة الوقف كما لو دفع لزوجته نفقة لا تستحقها النشوز أو غيره له الرجوع عليها (قوله ان لم يخف ضرر بين) قال الرملي أي كترك الامامة والخطبة وسيأتي بيانه (قوله وأما الناظر فان كان الخ) مقتضاه ان الناظر ليس ممن يخاف بقطعه ضرر بين والمفهوم من هذا الكلام أن من يخاف بقطعه ضرر بين كالامام والخطيب لا يقطع معلومه

وانه يأخذ الموظف له بتمامه وان غيره يقطع الا أن يعمل فيستحق أجر عمله لا المشروط له من الواقف وهذا مستفاد من قوله تقطع الجهات الخ فمن خيف بقطعه ضرر بين لا يقطع فيبقى على حاله القديم من أخذه المشروط ومن لا يخاف بقطعه الضرر يقطع فلا يأخذ المشروط ولو عمل بل له أجر عمله اذا عمل وقد صرح بهذا في النهر وجعله مما أفاده المؤلف مع ان كلام المؤلف الآتي عقيب كلام الفتح يخالف هذا فتأمله (قوله قطع الا أن يعمل) أي يباشر العمل الذي نصب لاجله واما عمله في العمارة كعمل الاجير فسيأتي حكمه في المسئلة التاسع ما عشرة وهو انه لا يستحق وسيأتي قبيل قول المتن وينزع لو خائنا بيان ما عليه من العمل وهو القيام بمصالحه من عمارة واستغلال وبيع غلات وصرف ما اجتمع عنده فيما شرطه الواقف وانه لا يكلف من العمل بنفسه الا مثل ما يفعل أمثاله ثم ظهر لي ان الظاهر حمل قول الفتح هنا الا أن يعمل المراد به عمله في العمارة كعمل الاجير ويكون المراد أنه عمل بامر الحاكم فيستحق الاجر فلا ينافي ما سيأتي من أنه لا يستحقه وفي الفصولين لو عمل في الوقف باجر جاز ويفتى بعدمه اذ لا يصلح مؤجرا ومستأجرا وصح لو أمره الحاكم اه ويؤيد ما قلنا آخرا ان قوله الا أن يعمل اذا كان المراد به العمل الذي نصب لاجله وجعل استحقاقه بسببه لا يستحق شيأ بدونه وقت التعمير وبعده فلا يبقى فائدة لقوله الا أن يعمل تأمل ثم رأيت في عبارة ما يعين فانه قال الا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته اه (قوله فهذا عندنا الخ) الاشارة الى ما قاله فخر الدين من مسئلة الطاحون يعني ان ما ذكر من عدم وجوب العشر له اذا لم يعمل انما هو فيمن جعل له القاضي العشر نظير عمله أما لو جعله له الواقف فيستحق بلا عمل يعني ان لم يجعله الواقف بمقابلة عمله (قوله فانه يأخذ قدر أجرته) مخالف لما يأتي في السادسة عن الحاوي انه يصرف الى الامام والمدرس للمدرسة الى قدر كفايتهم اه نعم ان حمل كلام الفتح على العمل في التعمير لم ينافه ما في الحاوي تأمل

فتبين انه دفع مال نفسه وانه متبرع ولا رجوع فيه ذكره في آخر النفقات وعلى هذا فينبغي انه اذا صرف على المستحقين وهناك تعمير واجب فحرمهم من ماله ان لا يكون متبرعا بالتعمير ويكون عوضا عما لزمه بالضمان الثالثة في قطع معاليم المستحقين لاجل العمارة قال في فتح القدير وتقطع الجهات الموقوف عليها للعمارة ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا ان يعمل فيأخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيأ قال الامام فخر الدين قاضيخان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذه الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم اه فظاهره ان من عمل من المستحقين زمن العمارة فانه يأخذ قدر أجرته لكن اذا كان مما لا يمكن ترك عمله الا بضرر بين كالامام والخطيب ولا يراعى المعلوم المشروط زمن العمارة فعلى هذا اذا عمل المباشر والشاد زمن العمارة يعطيان بقدر أجرة عملهما فقط وأما ما ليس في قطعه ضرر بين فانه لا يعطى شيأ أصلا زمن العمارة الرابعة في الاستدانة لاجل العمارة حيث لم يكن غلة قال في الذخيرة قال هلال اذا احتاجت الصدقة الى العمارة وليس في يد القيم

ما يعمرها فليس له ان يستدين عليها الان الدين لا يجب ابتداء الا فى الذمة وليس للوقف ذمة والفقراء وان كانت لهم ذمة الا انهم لكثرتهم لا تتصور مطالبتهم فلا يثبت الدين باستدانة القيم الا عليه ودين يجب عليه لا يملك قضاءه من غلة هى على الفقراء وعن الفقيه أبى جعفر ان القياس هذا لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة نحو ان يكون فى أرض الوقف زرع يأكله الجراد و يحتاج الى النفقة لجمع الزرع أو طالبه السلطان بالخراج جاز له الاستدانة لان القياس يترك للضرورة قال والاحوط فى هذه الصورة كونها بامر الحاكم لان ولاية الحاكم أعم فى مصالح المسلمين من ولاية هذا الا ان يكون بعيدا عن الحاكم ولا يمكنه الحضور فلا بأس بان يستدين بنفسه وهذا الذى روى عن الفقيه أبى جعفر مشكل لانه جمع بين أكل الجراد والزرع و بين الخراج وتتصور الاستدانة فى أكل الجراد الزرع لان الزرع مال للفقراء وهذا الدين انما يستدان لحاجتهم فامكن ايجاب الدين فى مالهم واما باب الخراج فلا يتصور لانه ان كان فى الارض غلة فلا ضرورة الى الاستدانة لان الغلة تباع و يؤدى منها الخراج وان لم يكن فى الارض غلة فليس هنا الا رقبة الوقف ورقبة الوقف ليست للفقراء ولا يستقيم ايجاب دين يحتاج اليه الفقراء فى مال ليس لهم فهذا الفصل مشكل من هذا الوجه الا ان يكون تصوير المسئلة فيما اذا كان فى الارض غلة وكان بيعها متعذرا فى الحال وقد طولب بالخراج قالوا ليس قيم الوقف فى الاستدانة على الوقف كالوصى فى الاستدانة على اليتيم لان اليتيم له ذمة صحيحة وهو معلوم فتتصور مطالبته الا ترى ان للوصى ان يشترى لليتيم شيأ بنسيئة من غير ضرورة وفى فتاوى أبى الليث قيم وقف طلب منه الجبايات والخراج وليس فى يده من مال الوقف شئ وأراد ان يستدين فهذا على وجهين ان أمر الواقف بالاستدانة فله ذلك وان لم يأمره بالاستدانة فقد اختلف المشايخ فيه قال الصدر الشهيد والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث اذا لم يكن للاستدانة بد يرفع الامر الى القاضى حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع فى الغلة لان للقاضى هذه الولاية وان كان لها بد ليس للقاضى هذه الولاية وفى واقعات الناطفى المتولى اذا أراد ان يستدين على الوقف ليجعل ذلك فى ثمن البذر ان أراد ذلك بامر القاضى فله ذلك بلا خلاف لان القاضى يملك الاستدانة على الوقف فيملك المتولى ذلك باذن القاضى وان أراد ذلك بغير أمر القاضى ففيه روايتان وصرح فى الخلاصة بان الاصح ما قاله الفقيه أبو الليث وفى الخانية قيم الوقف اذا اشترى شيأ لمرمة المسجد بدون اذن القاضى قالوا لا يرجع بذلك فى مال المسجد وله ان ينفق على المرمة من ماله كالوصى فى مال الصغير وان أدخل المتولى جذعا من ماله فى الوقف جاز وله ان يرجع فى غلة الوقف اه وفى الخلاصة فى مسئلة الجذع والاحتياط ان يبيع الجذع من آخر ثم يشتريه لاجل الوقف ثم يدخله فى دار الوقف اه وفسر قاضيخان الاستدانة

(قوله نحو أن يكون فى أرض الوقف زرع يأكله الجراد الخ) قال الرملى أقول وبالاولى اذا غصب الارض غاصب وعجز عن استردادها الا بمال فله الاستدانة بالشرط المذكور للضرورة فهو وان خالف القياس لكن يترك للضرورة وبه يندفع الاشكال الآتى (قوله بان الاصح ما قاله الفقيه أبو الليث) أى انه ليس له ذلك الا باذن القاضى فيما لا بد منه رملى (قوله وفى الخانية قيم الوقف الخ) أقول فى فتاوى شيخنا الحانوتى اذا أشهد عند الانفاق أنه انفق ليرجع على الوقف يرجع اه وسيأتى ذكره منقولا عن جامع الفصولين رملى (قوله ثم يشتريه لاجل الوقف) أى باذن القاضى ليوافق ما قبله عن الخانية تأمل (قوله وفسر قاضيخان الاستدانة الخ) أقول عبارة قاضيخان بعد ان ذكر ان القيم لا يملك الاستدانة الا بامر القاضى وتفسير الاستدانة ان يشترى للوقف شيأ وليس فى يده شئ من غلة الوقف ليرجع بذلك فيما يحدث من غلة الوقف أما اذا كان فى يده شئ من غلات الوقف فاشترى للوقف شيأ ونقد الثمن من مال نفسه ينبغى أن يرجع بذلك فى غلة المسجد وان لم يكن ذلك بامر القاضى ثم قال بعد ورقة وليس للقيم أن يستدين بغير أمر القاضى وتفسير الاستدانة أن لا يكون للوقف غلة فيحتاج الى القرض والاستدانة أما اذا كان للوقف غلة فانفق من مال نفسه لاصلاح الوقف كان له ان يرجع بذلك فى غلة الوقف اه قلت و يؤخذ من مجموع كلامه أنه لو انفق من ماله أو اشترى مع وجود مال للوقف يرجع ولو بلا أمر قاض وان لم يكن معه مال للوقف فاشترى أو انفق لا يرجع الا بامر و يظهر منه ان مراده بالقرض الاقراض لا الاستقراض لدخوله فى الاستدانة وعلى هذا فقوله قبل هذا قيم الوقف اذا اشترى الخ أى عند عدم مال فى يده للوقف وقوله وله أن ينفق على المرمة من ماله أى اذا كان للوقف مال وحينئذ له الرجوع ان أشهد أنه أنفق ليرجع فيوافق ما سيأتى عن جامع الفصولين والظاهر ان الاشهاد لازم قضاء لا ديانة فلا يخالف

على الوقف بتفسيرين فقال فى الثانى وتفسير الاستدانة ما ذكرنا هو فيما اذا لم يكن فى يده شئ من الغلة وأما اذا كان فى يده شئ منها واشترى شيأ للوقف ونقد الثمن من ماله جاز له ان يرجع بذلك من غلته وان لم يكن بامر القاضى كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله فانه يجوز له الرجوع به على موكله وقال فى الاول ان لا يكون للوقف غلة فيحتاج الى القرض والاستدانة أما اذا كان للوقف غلة فانفق من مال نفسه لاصلاح الوقف فان له ان يرجع فى غلة الوقف اه وفى القنية برقم (بو) قيم أنفق فى عمارة المسجد من مال نفسه ثم رجع بمثله فى غلة الوقف جاز سواء كانت غلته مستوفاة أو غير مستوفاة اه ثم قال وللقيم الاستدانة على الوقف لضرورة العمارة لا لتقسيم ذلك على الموقوف عليهم ثم رقم (بنك) استقرض القيم لمصالح المساجد فهو على نفسه وبرقم (عك) لا أصدقه فى زماننا وبرقم (حم) له ذلك وبرقم (بق) لا يستدين الا بأمر القاضى ثم ذكر ما اختاره الفقيه أبو الليث اه وفى جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين ولو أخذ المتولى دراهم الوقف وصرف دنانير الى عمارة الوقف صح لو خيرا ولو أنفق عليه من مال نفسه يرجع ولو لم يشترط كوصى ثم رقم (مق) يرجع لو شرط والا لا ثم قال وذكر فى العدة الاستدانة لضرورة مصالح الوقف تجوز لو أمر الواقف والا فالمختار ان يرفع الى القاضى ليأمر بها ثم رقم (فط) الاحوط ان يرفع الامر اليه الا اذا تعذر الحضور لبعده فيستدين بنفسه وقيل يصح بلا رفع ولو أمكن اه وفى الرابع والثلاثين قيم الوقف لو أنفق من ماله فى عمارة الوقف فلو أشهد انه أنفق ليرجع فله الرجوع والا فلا اه وفى الحاوى ويجوز للمتولى اذا احتاج الى العمارة ان يستدين على الوقف ويصرف ذلك فيها والاولى ان يكون باذن الحاكم اه والحاصل ان هلالا مانع من الاستدانة مطلقا وحمله ابن وهبان على ما اذا كان بغير أمر القاضى وادعى انه اذا كان بامر القاضى فلا خلاف فيه والظاهر كما ذكره الطرسوسى خلافه لما علمت من تعليله وأما غير هلال فمنهم من جوز الاستدانة مطلقا للعمارة كما فى جامع الفصولين والمعتمد فى المذهب ان كان له منه بد لا يستدين مطلقا وان كان لا بد له فان كان بامر القاضى جاز والا فلا والعمارة لابد لها فيستدين لها بامر القاضى وأما غير العمارة فان كان للصرف على المستحقين لا تجوز الاستدانة ولو باذن القاضى لان له منه بدا كما صرح به فى القنية بقوله لا لتقسيم ذلك على الموقوف عليهم وان الاستدانة أعم من القرض والشراء بالنسيئة وفى البزازية من كتاب الوصايا والاستقراض المتولى ان شرط الواقف له له ذلك والا رفع الى الحاكم ان احتاج اه لكن وقع الاشتباه فى مسائل منها هل يستدين للامام والخطيب والمؤذن باعتبار انه لابد له من ذلك فيكون باذن القاضى فقط أولا الظاهر انه لا يستدين لهم الا باذن القاضى لقوله فى جامع الفصولين لضرورة مصالح المسجد وقال فى خزانة الاكمل لو وقف على مصالح المسجد يجوز دفع غلته الى الامام والمؤذن والقيم اه ولم يذكر الخطيب قال فى شرح المنظومة ولا شك انه فى الجامع نظير من ذكر فى المسجد اه فعلى هذا تخرج الاربعة من قول القنية الموقوف عليهم ومنها هل يستدين باذن القاضى للحصر والزيت بالمسجد أم لا فعلى انهما من المصالح له ذلك والا فلا وقد اختلف فى كونهما من المصالح ففى القنية رقم لركن الدين الصباغى وقال كتبت الى المشايخ ورمز للقاضى عبد الجبار وشهاب الدين الامامى هل للقيم شراء المراوح من مصالح المسجد فقالا لا ثم رمز للعلاء الترجمانى فقال الدهن والحصير والمراوح ليس من مصالح المسجد وانما مصالحه عمارته ثم رمز لابى حامد وقال الدهن والحصير من مصالحه دون المراوح قال يعنى مولانا بديع الدين وهو أشبه للصواب وأقرب الى غرض الواقف اه فقد تحرر

(قوله كان له أن يرجع سواء كانت غلته مستوفاة أو غير مستوفاة) الظاهر أنه مبنى على رواية عدم اشتراط الامر من قاض (قوله والحاصل أن هلالا منع من الاستدانة مطلقا) قال الرملى أى باذن وبغير اذن (قوله لما علمت من تعليله) قال الرملى أى تعليل هذا بقوله وليس للوقف ذمة اه قلت لكن مامر عن الواقعات صريح فى أنه لا خلاف فيما اذا كان بامر القاضى

ان الراجح كونهما من المصالح فيستدين باذن القاضي ومنها ان المتولي لو ادعى انه استدان باذن القاضي هل يقبل قوله بلا بينة الظاهر انه لا يقبل وان كان المتولي مقبول القول لما انه يريد الرجوع في الغلة وهو انما يقبل قوله فيما بيده وعلى هذا لو كان الواقع انه لم يستأذن القاضي يحرم عليه ان يأخذ من الغلة لما انه بغير الاذن متبرع اهـ وقد علمت مما نقلناه عن قاضيخان انه لو انفق من ماله أو أدخل جذعا له في الوقف لا يكون من باب الاستدانة لانها محصورة في القرض والشراء بالنسيئة وعلى هذا فلو صرف المتولي للمستحقين من ماله لا يكون من الاستدانة وله الرجوع ولكن قاضيخان قيده بالانفاق على المرمة وقيده في جامع الفصولين بان يشهد انه أنفق ليرجع فوقع الاشتباه في الصرف على المستحقين وعلى هذا وقع الاشتباه في زماننا في ناظر اذن انسانا في الصرف على المستحقين من ماله قبل مجيء الغلة ليرجع به اذا جاءت الغلة هل يكون من باب الاستدانة للموقوف عليهم فلا تجوز ولا رجوع له أو انه كصرف الناظر عليهم من مال نفسه فله الرجوع ان قلنا برجوعه فان قلت انه دفع لهم بشرط ان يأخذ ما دفعه اليهم فقام مقامهم قلت قال في جامع الفصولين من السابع والعشرين الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال بعت ثوبك من فلان فانا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري ولو قال انا أقضيكه عنه على أن يكون المال الذي على المشتري لي لم يجز ويرجع الوكيل على موكله بما دفع وفي العدة يباع عنده بضائع للناس أمروه ببيعها فباعها بثمن مسمى فعجل الثمن من ماله الى أصحابها على ان أثمانها له اذا قبضها فأفلس المشتري فللبائع ان يسترد ما دفع الى أصحاب البضائع اهـ قال في القنية اذا قال القيم أو المالك لمستأجرها أذنت لك في عمارتها فعمرها باذنه يرجع على القيم والمالك وهذا اذا كان يرجع معظم منفعته الى المالك أما اذا رجع الى المستأجر وفيه ضرر بالدار كالبالوعة أو شغل بعضها كالتنور فلا ما لم يشترط الرجوع اهـ ويدل له بالاولى ما في جامع الفصولين المتولي صرف العمارة من خشب مملوك له ودفع قيمته من مال الوقف كان له اذ ذلك المعاوضة من مال نفسه كوصي باع ثوب مملوك له الى الصبي ودفع ثمنه من مال الصبي ولكن لو ادعى لا يقبل قوله وهذا يشير الى انه لو أنفق ليرجع له الرجوع في مال الوقف واليتيم من غير ان يدعي عند القاضي أما لو ادعى عند القاضي وقال أنفقت من مالي كذا في الوقف واليتيم لا يقبل قوله ثم رقم بعلامة (بق) ادعى وصي أو قيم انه أنفق من مال نفسه وأراد الرجوع في مال اليتيم والوقف ليس له ذلك اذ يدعي دينا لنفسه على اليتيم والوقف فلا يصح بمجرد الدعوى ذكره في أحكام العمارة وفي البزازية قيم الوقف أنفق من ماله في الوقف ليرجع في غلته له الرجوع وكذا الوصي مع مال الميت ولكن لو ادعى لا يكون القول قوله المتولي اذا أنفق من مال نفسه ليرجع في مال الوقف له ذلك وان شرط الرجوع يرجع والا فلا اهـ وفيها أيضا قيم المسجد اشترى شيأ لمؤنة المسجد بلا اذن الحاكم بماله لا يرجع على الوقف اهـ وظاهره انه لا رجوع له مطلقا الا باذن القاضي سواء كان أنفق ليرجع أو لا سواء رفع الى القاضي أو لا سواء برهن على ذلك أو لا الخامسة يستثنى من قولهم لا يقدم على العمارة أحد ما في المحيط لو شرط

(قوله الظاهر أنه لا يقبل الخ) يؤيده أنه لا يقبل قوله اذا ادعى انه أنفق من ماله ليرجع كما سيأتي عن البزازية فدعوى الاستدانة بالاولى تامل (قوله أو انه كصرف الناظر عليهم الخ) قال الرملي رحمه الله الوجه أنه كصرفه بنفسه من مال نفسه اذ هو مستقرض منه وقد أمره بالصرف عليهم تامل اهـ أقول اذا كان مستقرضا لا يكون كصرفه من مال نفسه لان الاستقراض استدانة فلا رجوع تامل (قوله ان قلنا برجوعه) أقول في فتاوى الحانوتي بعد ذكر السؤال عن ذلك ما نصه الذي وقفت عليه في كلام أصحابنا أن الناظر اذا أنفق من مال نفسه على عمارة الوقف ليرجع في غلته له الرجوع ديانة لكن لو ادعى ذلك لا يقبل منه بل لا بد من أن يشهد انه أنفق ليرجع كما في الرابع والثلاثين من جامع الفصولين وكلامهم هذا يقتضي ان ذلك ليس من الاستدانة على الوقف والا لما جاز الا باذن القاضي ولم يكف الاشهاد وحيث لم يكن من الاستدانة فلا مانع أن يكون الصرف على المستحق من ماله مساويا للصرف على العمارة من ماله نعم الاستدانة على الوقف لاجل الصرف على المستحق لا تجوز وانما جوزوها لما لا بد للوقف منه كالعمارة هذا ما ظهر اهـ قلت انظر ما قدمنا في التوفيق بين كلام الخانية وجامع الفصولين (قوله ما في جامع الفصولين) أي ذكره في الرابع والثلاثين (قوله الخامسة يستثنى الخ) قيل لا محل لهذا الاستثناء لان محل قولهم الذي يبدأ به من غلة الوقف تعميره ما اذا كان في ترك العمارة ضرر بين ومحل مسئلة الخصاف ما اذا لم

يكن في ترك تعمير الوقف هلاك الوقف يشعر بذلك قول الخصاف على وجه التعليل للحكم الذي ذكره لان تأخير العمارة سنة ليس مما يخرج الوقف عن حاله (قوله ولم أره الا في الحاوي) فيه أنه قدم في الثالثة عن الفتح بيان ذلك ومفاده مساواة من خيف بقطعه الضرر للتعمير (قوله الى آخر المصالح) تمام عبارة الحاوي هذا اذا لم يكن معينا فان كان الوقف معينا على شئ يصرف اليه بعد عمارة البناء (قوله وظاهره تقديم الامام والمدرس على جميع المستحقين بلا شرط) أي بلا شرط من الواقف أن الامام والمدرس يقدمان على غيرهم وقد علمت ان كلام الحاوي فيما حيث قال هذا اذا لم يكن معينا (قوله والتسوية بالعمارة تقتضي تقديمها الخ) المراد بالتسوية المستفادة من قوله ماهو أقرب للعمارة مع انها معطوفة بثم المفيدة للترتيب لكن ماقرب من الشئ يعطى حكمه ويحتمل أن يراد التسوية المستفادة من كلام الفتح السابق في المسألة الثالثة ثم ان ماذكره من تقديم من ذكر ولو شرط الواقف الاستواء عند الضيق قال في النهر نازعه فيه بعض الموالي بقول الحاوي هذا اذا لم يكن معينا اهـ وعلى ماقلناه من احتمال أن المراد التسوية المستفادة من كلام الفتح تندفع المنازعة تأمل يقول الفقير جامع هذه الحواشي رأيت بخط شيخنا المحشي رحمه الله تعالى في هذا المحل مانصه ﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾ الحمد لله وكفى وسلام على عباده الذين اصطفى وبعد فقد رفع لعلماء الاسلام الائمة الاعلام سؤال على لسان أهل الحرمين الشريفين والمقامين المنيفين وهو ما يفيدنا موالينا مشايخ الاسلام أدام الله تعالى الانقياد اليهم ٢٣٠ والاستسلام في واقف شرط في كتاب وقفه خطيبا واماما ومؤذنين وبوابين وخدمة ومدرسين من المذاهب الاربعة وطلبة وقراء وغير ذلك ثم شرط في كتاب وقفه المذكور أنه اذا ضاق ريع الوقف عن المصارف قدم ماهو مرتب على جهة الوقف للحرمين الشريفين والحال ان الواقف عين لكل من المذكورين قدرا معينا وشرط للحرمين الشريفين قدرا معينا فهل اذا ضاق ريع الوقف على الحكم المذكور تقدم جهة الحرمين بما شرط لهم عملا بالشرط المذكور أو يلغى هذا يقتضى الشرط ويسوى في هذا الوقف بين جميع المستحقين من أهل الحرمين وغيرهم أم تقدم أرباب الشعائر بما شرط لهم وان شرط الواقف تقديم الحرمين افتونا مأجورين أثابكم الله تعالى الجنة آمين فكتب الحمد لله رب العالمين رب زدني علما قال في الحاوي القدسي من كتاب الوقف بما لفظه الذي يبدأ به من ارتفاع الوقف عمارته شرط أولا ثم ماهو أقرب للعمارة وأعم للمصلحة كالامام للمسجد والمدرس للمدرسة يصرف اليهم قدر كفايتهم ثم السراج والبساط كذلك اهـ قال شيخنا رحمه الله تعالى في كتابه المسمى بالاشباه والنظائر من كتاب الوقف ظاهر هذه العبارة أن المقدم في الصرف الامام والمدرس والوقاد والفراش ومن كان بمعناهم لتعبيره بالكاف وظاهرها يفيد أيضا تقديم من ذكرناه ولو شرط الواقف الاستواء عند الضيق لا جعلهم كالعمارة ولو شرط الواقف استواء العمارة بالمستحقين لم يعتبر شرطه وانما تقدم عليهم فكذا هم اهـ ماذكره الشيخ رحمه الله تعالى فعلى مقتضى ما أفاده من أن عبارة الحاوي تفيد أن أرباب الشعائر يقدمون على غيرهم من المستحقين وان شرط الواقف الاستواء عند الضيق يجب أن يقال تقدم أرباب الشعائر في هذا الوقف المسؤل عنه بالاولى لان في حالة شرط استواء أرباب الشعائر بغيرهم لا تحرم أرباب الشعائر بالكلية ومع ذلك ألغى شرط الاستواء فالغاؤه في حالة قد يحرمون فيها بالكلية وهي حالة شرط تقديم أهل الحرمين عليهم بتقدير أن لا يفضل شئ لارباب الشعائر عليهم بالاولى ثم توقف فيما أفاده شيخنا رحمه الله تعالى بعض مشايخنا أطال الله بقاءه وحاصل توقفه أنه قال لا نسلم أولا ان يقاس حكم أرباب الشعائر على حكم العمارة لان انتظام مصالح الوقف باقامة

العمارة في الوقف فانه تقدم العمارة على صاحب الغلة الا اذا جعلت غلة الفلان سنة أو سنتين ثم بعده للفقراء أو شرط العمارة من الغلة فانه يؤخر العمارة عن حق صاحب الغلة لانا لو صرفنا الغلة الى العمارة أولا أدى الى ابطال حق صاحب الغلة لان حقه في الغلة في مدة مخصوصة فتنتهي عنه بمضيها ولو صرفناها اليه أولا لا يؤدي الى فوات عمارة الوقف لانه يمكن عمارته في السنة الثانية الا اذا كان في تأخير العمارة ضرر بين بالوقف فحينئذ تقدم العمارة لئلا يؤدي الى ابطال مقصود الواقف اهـ وقيد بالسنتين لما في التتارخانية وأما المشروط له الغلة في ثلاث سنين يؤخذ بالعمارة اهـ السادسة في بيان من يقدم مع العمارة وهو المسمى في زماننا بالشعائر ولم أره الا في الحاوي القدسي قال والذي يبتدأ به من ارتفاع الوقف عمارته شرط الواقف أولا ثم ماهو أقرب الى العمارة وأعم للمصلحة كالامام للمسجد والمدرس للمدرسة يصرف اليهم الى قدر كفايتهم ثم السراج والبساط كذلك الى آخر المصالح اهـ وظاهره تقديم الامام والمدرس على جميع المستحقين بلا شرط والتسوية بالعمارة

شعائره ليس كانتظامه ببقاء عينه ليقاس عليه الاترى الى ماذكره المشايخ في توجيه تقديم العمارة على غيرها وان شرط تأخيرها من قولهم لانا لو اعتبرنا شرطه أدى ذلك الى اضمحلال العين الموقوفة فيعود الامر على ماقصده من الوقف بالابطال فقياس الشيخ رحمه الله تعالى الذي ذكره الواقف في الاشباه من تقديم أرباب الشعائر على غيرهم من بقية المستحقين اذا شرط الواقف الاستواء عند الضيق على حكم العمارة قياس مع الفارق ظهوره كالشمس وبعده كاليوم بالنسبة للامس هذا و بتقدير تسليمه فالشيخ رحمه الله تعالى قد اختصر عبارة الحاوي وجعلها دليلا على ما ادعاه مع أن الظاهر من تتمة كلامه ينافي ما ادعاه الشيخ رحمه الله تعالى وتتمة عبارة الحاوي هو انه قال بعد ماذكره الشيخ عنه هذا اذا لم يكن معينا فان كان الوقف معينا على شئ يصرف اليه الا بقدر عمارة البناء اه كلام الحاوي والظاهر من هذه التتمة انها قيد راجع لاصل المسئلة فيفيد كلام الحاوي أن تقديم أرباب الشعائر على غيرهم انما هو في حالة مخصوصة وهي ما اذا لم يعين الواقف قدر ما يعطى لكل مستحق أما اذا عين لكل قدرا معينا فلا يصلح أن يكون كلام الحاوي دليلا على هذا المدعى هذا حاصل ما أفاده المتوقف في كلامه أحيا الله تعالى مذهب امامه هذا ويمكن أن يجاب عن التوقف الاول بان يقال المنظور اليه في تقديم أرباب الشعائر على غيرهم من بقية المستحقين ليس هو كونهم كالعمارة من كل وجه وانما هو من حيثية اشتراكهما في عموم النفع بين العمارة وأرباب الشعائر فلما اشتركا في عموم النفع بالنسبة الى الغير اشتركا في هذا الحكم وهو تقديمهما على الغير وان شرط الواقف خلاف ذلك من استواء أو تقديم واذا تأملت كلام الحاوي القدسي وجدته شاهدا على هذا المدعى ويجاب عن التوقف الثاني بان اسم الاشارة الواقع تتمة كلام الحاوي وهو قوله هذا اذا لم يكن معينا الى آخره ليس راجعا لاصل المسئلة ليكون قيدا لها وانما هو راجع لاقرب مذكور في كلامه وهو قوله

تصرف اليهم قدر كفايتهم وكانه يقول ان محل تفويض أمر الصرف الى المتولى اذا لم يشرط الواقف قدرا معينا لكل

يقتضي تقديمهما عند شرط الواقف انه اذا ضاق ريع الوقف قسم الريع عليهم بالحصة وان هذا الشرط لا يعتبر ولكن تقديم المدرس انما يكون بشرط ملازمته للمدرسة للتدريس الايام المشروطة في كل جمعة ولذا قال للمدرسة لان مدرسها اذا غاب تعطلت بخلاف مدرس الجامع وفي القنية يدرس بعض النهار في مدرسة وبعض النهار في مدرسة أخرى ولا يعلم شرط الواقف يستحق

مستحق اما اذا عين فانه يتبع شرطه وقد أفصح عن هذا الامام الزاهدي في كتابه قنية الفتاوى حيث قال في باب يحل للمدرس والمتعلم والامام مانصه الاوقاف ببخارى على العلماء لا يعرف من الواقف غير هذا فللقيم أن يفضل البعض ويحرم البعض اذا لم يكن الوقف على قوم يحصون وكذا الوقف على الذين يختلفون الى هذه المدرسة أو على متعلميها أو على علمائها يجوز للقيم أن يفضل البعض ويحرم البعض اذا لم يعين الواقف قدر ما يعطى كل واحد اه فهذه العبارة وهي قول صاحب القنية اذا لم يعين الواقف قدر ما يعطى كل واحد أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس هذا ومما يؤيد ماذكرناه ماقدمناه من أن المنظور اليه من جهة المعنى في وجه تقديم أرباب الشعائر على غيرهم انما هو عموم النفع الحاصل من انتظام مصالح المساجد باقامة شعائرها وهذا لا يختلف الحال فيه بين ما اذا عين الواقف قدرا معينا لكل وبين ما اذا لم يعين بخلاف تفويض أمر الصرف للمتولى فان غرض الواقف يختلف فيه بين ما اذا عين لكل قدرا معينا وبين ما اذا لم يعين هذا ما ظهر قال ذلك وكتبه العبد الفقير الواقف باللطف الخفي قاسم الدنوشري الحنفي في غرة محرم الحرام افتتاح سنة ١١٣٩ والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه آمين كذا في فتاوى مولانا العلامة حامد أفندي العمادي مفتي دمشق الشام عفا عنه الملك السلام (قوله ولكن تقديم المدرس انما يكون بشرط ملازمته) قال الرملي فلو أنكر الناظر ملازمته فالقول قول المدرس مع يمينه وكذا لو مات واختلف مع ورثته فالقول للورثة مع يمينهم وقد صرح في فتاوى الشيخ شهاب الدين الحلبي بذلك في وظيفة القراءة بما حاصله لو شرط القراءة في مصحف بجامع معين وتوفي القارئ والواقف وأنكر من له الولاية على الوقف القراءة المذكورة فالقول قول الورثة في المباشرة مع اليمين لانهم قائمون مقام مورثهم والقول قوله في المباشرة مع اليمين لانه أمين فكذلك ورثته اه أقول وكذا كل ذي وظيفة القول قوله في المباشرة وهي واقعة الفتوى في مدرس مات وطلب الناظر من ورثته المعلوم المشروط الذي قبضه قبل موته ليرده للوقف لكونه لم يدرس فافتيت بان القول قولهم مع اليمين في المباشرة اه وبه يعلم أنه لا يقبل قول كاتب الغيبة وسيأتي توقف المؤلف فيه (قوله بخلاف مدرس الجامع) قال القدسي أنت خبير بان ماذكر لا يشهد لما ادعى من الفرق بين المدرسة والجامع وغاية ما فيه أن الجامع الذي شرط فيه

غلة المدرس في المدرستين ولو كان يدرس بعض الايام في هذه المدرسة وبعضها في الاخرى لا يستحق غلتهما بتمامها وحكم المتعلم والمدرس في المسئلتين سواء اه واستفيد من قوله لا يستحق غلتهما بتمامها انه يستحق بقدر عمله وهي كثيرة الوقوع في أصحاب الوظائف في زماننا وحاصله انه ينظر الى ماشرطه الواقف له وعلمه من العمل ويقسم المشروط على عمله خلافا لبعض الشافعية فانه يقول اذا لم يعمل المشروط لا يستحق شيأ من المشروط كما ذكره ابن السبكي وقوله ثم السراج بكسر السين أي القناديل ومراده مع زيتها والبساط بكسر الباء أي الحصير ويلحق بهما معلوم خادمهما وهو الوقاد والفراش فيقدمان وتعبيره بثم دون الواو يدل على انهما مؤخران عن الامام والمدرس وفي القنية لو اشترى بساطا نفيسا من غلته جاز اذا استغنى المسجد عن العمارة اه وقوله الى آخر المصالح أي مصالح المسجد فيدخل المؤذن والناظر لانا قدمنا انهم من المصالح وقدمنا ان الخطيب داخل تحت الامام لانه امام الجامع فتحصل ان الشعائر التي تقدم في الصرف مطلقا بعد العمارة الامام والخطيب والمدرس والوقاد والفراش والمؤذن والناظر وثمن القناديل والزيت والحصر ويلحق بثمن الزيت والحصر ثمن ماء الوضوء أو أجرة حمله أو كلفة نقله من البئر الى الميضأة فليس المباشر والشاهد والجابي والشاد وخازن الكتب من الشعائر وقد جرت العادة بمصر في ديوان المحاسبة بتقديمهم مع المذكورين أولا وليس شرعيا ويقع الاشتباه في البواب والمزملاتي وفي الخانية لو جعل حجرته لدهن سراج المسجد ولم يزد صارت وقفا على المسجد اذا سلمها الى المتولي وعليه الفتوى وليس للمتولي أن يصرف الغلة الى غير الدهن اه فعلى هذا الموقوف على امام المسجد لا يصرف لغيره وفي الخانية رجل أوصى بثلث ماله لاعمال البر هل يجوز أن يسرج المسجد منه قال الفقيه أبو بكر يجوز ولا يجوز أن يزاد على سراج المسجد لان ذلك اسراف سواء كان ذلك في رمضان أو غيره ولا يزين المسجد بهذه الوصية اه ومقتضاه منع الكثرة الواقعة في رمضان في مساجد القاهرة ولو شرط الواقف لان شرطه لا يعتبر في المعصية وفي القنية واسراج السرج الكثيرة في السكك والاسواق ليلة البراءة بدعة وكذا في المساجد ويضمن القيم وكذا يضمن اذا أسرف في السرج في رمضان وليلة القدر ويجوز الاسراج على باب المسجد في السكة أو السوق ولو اشترى من مال المسجد شمعا في رمضان يضمن قلت وهذا اذا لم ينص الواقف عليه ولو أوصى بثلث ماله ان ينفق على بيت المقدس جاز وينفق في سراجه ونحوه قال هشام فدل هذا على انه يجوز أن ينفق من مال المسجد على قناديله وسرجه والنفط والزيت اه السابعة اذا احتاج الوقف الى العمارة وليس عنده غلة ولم يتيسر له القرض الا بربح قال في القنية راقما ليوسف الترجماني الصغير قال البصراء للقيم ان لم تهدم المسجد العام يكون ضرره في القابل أعظم فله هدمه وان خالفه بعض أهل محلته وليس له التأخير اذا أمكنه العمارة فلو هدمه ولم يكن فيه غلة للعمارة في الحال فاستقرض العشرة بثلاثة عشر في السنة واشترى من المقرض شيأ يسيرا بثلاثة دنانير يرجع في غلته بالعشرة وعليه الزيادة اه وبه اندفع ماذكره ابن وهبان من انه

تدريس اذا غاب مدرسه لم يقطع من حيث كونه جامعا ويتعطل من حيث كونه مدرسة فيجب تقديمه من هذه الحيثية (قوله والشاد) قيل هو الدعجي قلت ويشهد له ما في القاموس الاشادة رفع الصوت بالشيء وتعريف الضالة والاهلال والشاد الدعاء بالابل وذلك الطيب بالجلد (قوله ٢٣٢ ويقع الاشتباه في البواب والمزملاتي) قال في الدر المنتقى المزملاتي هو الشاوي يعرف أهل الشام وذكر الشرنبلالي في شرح الوهبانية أن ظهور شمول تقديم البواب والمزملاتي وخادم المطهرة مما لا يتردد فيه اه (قوله وليس للمتولي أن يصرف الغلة الى غير الدهن) سيأتي لهذا زيادة في المسئلة السادسة عشرة (قوله قال هشام الخ) في الاسعاف ولو أراد المتولي أن يشتري من غلة وقف المسجد دهنا أو حصرا أو آجرا أو حصى ليفرش فيه يجوز ان وسع الواقف في ذلك للقيم بان قال يفعل ما يراه من مصلحة المسجد وان لم يوسع بل وقفه لبناء المسجد وعمارته فليس له ان يشتري ماذكرنا لانه ليس من العمارة والبناء وان لم يعرف شرطه في ذلك ينظر هذا القيم الى من كان قبله فان كان يشتري من الغلة ماذكرنا جاز له الشراء والافلا اه (قوله وعليه الزيادة) قال الرملي قال في الاشباه وهل يجوز للمتولي أن يشتري متاعا باكثر من قيمته ويبيعه ويصرفه على العمارة ويكون الربح على الوقف الجواب نعم كما حرره ابن وهبان اه أقول لا بينهما ما يشبه المخالفة الا أن يقال لما لم يلزم الاجل في مسئلة القرض بقي بمجرد شراء اليسير بثمن كثير فتمحض ضررا على الوقف فلم تلزمه الزيادة فكانت على القيم بخلاف مسئلة شراء المتاع وبيعه للزوم الاجل في جملة الثمن فتأمل اه لكن قال المقدسي

لا جواب للمشايخ فيها . الثامنة في وقف المسجد أيجوز أن يبنى من غلته منارة قال في الخانية معزيا الى أبي بكر البلخي ان كان ذلك من مصلحة المسجد بأن كان أسمع لهم فلا بأس به وان كان بحال يسمع الجيران الأذان بغير منارة فلا أرى لهم أن يفعلوا ذلك . التاسعة وقف على عمارة المسجد على أن ما فضل من عمارته فهو للفقراء فاجتمعت الغلة والمسجد غير محتاج الى العمارة . قال الفقيه أبو بكر تحبس الغلة لانه ربما يحدث بالمسجد حدث وتصير الارض بحال لا تغل وقال الفقيه أبو جعفر الجواب كما قال وعندي لو علم انه لو اجتمع من الغلة مقدار ما يحتاج الارض والمسجد الى العمارة يمكن العمارة بها و يفضل تصرف الزيادة الى الفقراء على ما شرط الواقف وفي القنية ليس للقيم أن يأخذ ما فضل من وجه عمارة المدرسة دينا ليصرفها الى الفقراء وان احتاجوا اليه . وفي الخانية والصحيح ما قال الفقيه أبو الليث انه ينظر ان اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج الضيعة والمسجد الى العمارة بعد ذلك يمكن العمارة منها و يبقى شئ تصرف تلك الزيادة الى الفقراء اهـ ريع غلة الوقف للعمارة وثلاثة أرباعها للفقراء لم يجز للقيم أن يصرف ربع العمارة اذا استغنى عنها الى الفقراء ليسترد ذلك من حصتهم في السنة الثانية . اهـ . العاشرة مسجد تهدم وقد اجتمع من غلته ما يحصل به البناء قال الخصاف لا ينفق الغلة في البناء لان الواقف وقف على مرمتها ولم يأمر بان يبنى هذا المسجد والفتوى على انه يجوز البناء بتلك الغلة ولو كان الوقف على عمارة المسجد هل للقيم أن يشتري سلما ليرتقي على السطح لكنس السطح وتطيينه أو يعطى من غلة المسجد أجر من يكنس السطح و يطرح الثلج و يخرج التراب المجتمع من المسجد قال أبو نصر للقيم أن يفعل ما في تركه خراب المسجد كذا في الخانية الحادي عشرة حوانيت مال بعضها الى بعض والاول منها وقف والثاني ملك والمتولي لا يعمر الوقف قال أبو قاسم ان كان للوقف غلة كان لاصحاب الحوانيت أن يأخذوا القيم ليسوي الحائط المائل من غلة الوقف وان لم يكن للوقف غلة في يد القيم رفعوا الامر الى القاضي ليأمر القاضي القيم بالاستدانة على الوقف في اصلاح الوقف وليس له أن يستدين بغير أمر القاضي كذا في الخانية . الثاني عشرة لو وقف على المساكين ولم يذكر العمارة يبدأ من الغلة بالعمارة و بما يصلحها و بخراجها ومؤنها ثم يقسم الباقي على المساكين فان كان في الارض نخل و يخاف القيم هلاكها كان للقيم أن يشتري من غلة الوقف فسيلا فيغرسه كيلا ينقطع فلو كانت قطعة منها سبخة تحتاج الى رفع وجهها واصلاحها حتى تنبت كان للقيم أن يبدأ من جملة غلة الارض في ذلك و يصلح القطعة ولو أراد القيم أن يبنى في الارض الموقوفة قرية لاكرتها وحفاظها ليحفظ فيها الغلة و يجمعها كان له أن يفعل ذلك وكذا لو كان الوقف خانا على الفقراء واحتاج الى خادم يكنس الخان و يقوم به و يفتح بابه و يسده فسلم بعض البيوت الى رجل أجرة له ليقوم بذلك كان له ذلك وان أراد قيم الوقف أن يبنى في الارض الموقوفة بيوتا يستغلها بالاجارة لا يكون له ذلك لان استغلال أرض الوقف يكون بالزرع ولو كانت الارض متصلة ببيوت المصر يرغب الناس في استئجار بيوتها وتكون غلة ذلك فوق غلة الزرع والنخل كان للقيم أن يبنى فيها بيوتا فيؤاجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء كذا في الخانية الثالث عشرة لو بنى خانا واحتاج الى المرمة روي عن محمد انه يعزل منه بيت أو بيتان فتؤاجر و ينفق من غلتها عليه وعنه رواية أخرى اجارة الكل سنة و يسترم منها قال الناطفي قياسه في المسجد أن يجوز اجارة سطحه لمرمته كذا في الظهيرية . الرابع عشرة في فتاوى سمرقند شجرة وقف في دار وقف خربت ليس للمتولي أن يبيع الشجرة و يعمر الدار ولكن يكري الدار و يستعين بالكراء على عمارة

ان ما في القنية يرد ما قاله ابن وهبان (قوله فسيلا) قال في الصحاح والفسيلة والفسيل الودي وهو صغار النخل والجمع الفسلان

الدار لا بالشجرة كذا فى الظهيرية الخامس عشرة هل يجوز الاكل من طعام العملة يوم العمارة قالوا ان حضر والارشاد والحث على العمل جاز الاكل والا فان كانوا قليلا جاز والا فلا ذكره فى الظهيرية فى قوم جمعوا الدراهم لعمارة القنطرة وبهذا يعلم جواز اكل الشاد والمهندس معهم السادس عشرة فى البزازية وقد تقرر فى فتاوى خوارزم ان الواقف ومحل الوقف أعنى الجهة ان اتحدت بان كانا وقفا على المسجد أحدهما الى العمارة والآخر الى امامه أو مؤذنه والامام والمؤذن لا يستقر لقلة المرسوم للحاكم الدين أن يصرف من فاضل وقف المصالح والعمارة الى الامام والمؤذن باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة ان كان الواقف متحدا لان غرض الواقف احياء وقفه وذلك يحصل بما قلنا أما اذا اختلف الواقف أو اتحد الواقف واختلفت الجهة بان بنى مدرسة ومسجدا وعين لكل وقفا وفضل من غلة أحدهما لا يبدل شرط الواقف وكذا اذا اختلف الواقف لا الجهة يتبع شرط الواقف وقد علم بهذا التقرير اعمال الغلتين احياء للوقف ورعاية شرط الواقف هذا هو الحاصل من الفتاوى اهـ وقد علم منه انه لا يجوز لمتولى الشيخونية بالقاهرة صرف أحد الوقفين للآخر وفى الولوالجية مسجد له أوقاف مختلفة لا بأس للقيم ان يخلط غلتها كلها وان خرب حانوت منها فلا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر لان الكل للمسجد هذا اذا كان الواقف واحدا وان كان الواقف مختلفا فكذلك الجواب لان المعنى يجمعهما اهـ السابع عشرة فى البزازية واذا انهدم رباط المختلفة وبنى بناء جديدا من كل وجه لا يكون الاولون أولى من غيرهم وان لم يغير ترتيبه الاول الا أنه ان زيد أو نقص فالاولون أولى اهـ الثامن عشرة بنى المتولى فى عرصة الوقف من مال الوقف أو من ماله للوقف أو لم يذكر شيأ كان وقفا بخلاف الاجنبى وان أشهد انه بناه لنفسه كان ملكا له وان متوليا كذا فى البزازية وغيرها وبه يعلم ان قول الناس العمارة فى الوقف وقف ليس على اطلاقه التاسع عشرة اذا عمل القيم فى عمارة المسجد والوقف كعمل الاجير لا يستحق أجرا لانه لا يجتمع له أجر القوامة وأجر العمل كذا فى القنية وسيأتى أيضا العشرون لو انكشف سقف السوق فغلب الحر على المسجد الصيفى لوقوع الشمس فيه فللقيم ستر سقف السوق من مال المسجد بقدر ما يندفع به هذا القدر كذا فى القنية (قوله ولو دارا فعمارته على من له السكنى) أى لو كان الموقوف دارا فعمارة الموقوف على من له سكناه لان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته وفى الظهيرية وان كان المشروط له السكنى رم حيطان الدار الموقوفة بالآجر وجصصها أو أدخل فيها أجذاعا ثم مات ولا يمكن نزع شئ من ذلك الا بتضرر بالبناء فليس للورثة أخذ شئ من ذلك ولكن يقال للمشروط له السكنى بعده اضمن لورثته قيمة البناء ولك السكنى فان أبى أوجرت الدار وصرفت الغلة الى ورثة الميت بقدر قيمة البناء فاذا وفت غلته بقيمة البناء أعيد السكنى الى من له السكنى وليس لصاحب السكنى أن يرضى بقلع ذلك وهدمه وان كان ما رم الاول مثل تجصيص الحيطان أو تطيين السطوح أو ما أشبه ذلك ثم مات الاول فليس للورثة أن يرجعوا بشئ من ذلك ألا ترى أن رجلا لو اشترى دارا وجصصها وطين سطوحها ثم استحقت الدار لا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بقيمة الجص والطين وانما يكون له ان يرجع بقيمة ما يمكنه أن ينقضه ويسلم نقضه اليه اهـ وجعل فى المجتبى مسئلة ما اذا عمرها ومات نظير ما اذا عمر

(قوله الحاكم الدين الخ) انظر ما كتبناه عن الاسعاف فى السادسة (قوله أو اتحد الواقف واتحدت الجهة) قال الرملى ومن اختلاف الجهة ما اذا كان الوقف منزلين أحدهما للسكنى والآخر للاستغلال فلا يصرف أحدهما للآخر وهى واقعة الفتوى تأمل (قوله وكذا اذا اختلف الواقف لا الجهة) كذا رأيته فى عبارة البزازية والظاهر أنه تحريف والاصل والجهة بواو العطف لانه مكرر بقوله أما اذا اختلف الواقف لان معناه مع اتحاد الجهة (قوله وفى الولوالجية مسجد له أوقاف) قال

ولو دارا فعمارته على من له السكنى

الرملى لا مخالفة بين ما فى الولوالجية والبزازية لان ما فى الولوالجية ضد اتحاد الجهة وتوافق الشرطين من الواقفين تأمل وفى البزازية فى الرابع فى المسجد وما يتصل به مسجد له أوقاف مختلفة لا بأس للقيم أن يخلط غلتها وان خرب حانوت فيها لا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر اتحد الواقف أولا اهـ فهو كما تراه عين ما فى الولوالجية اهـ وانظر هذا التوفيق مع قول البزازية الذى قدمه المؤلف وكذا اذا اختلف الواقف لا الجهة يتبع شرط الواقف (قوله بخلاف الاجنبى) قال فى الاشباه وان لم يكن متوليا فانه باذن المتولى ليرجع فهو وقف والا فان بنى للوقف فوقف دار وان لنفسه أو أطلق رفعه ان لم يضر وان أضر فهو المضيع لماله فليتربص الى خلاصه وفى بعض الكتب للناظر تملكه بأقل القيمتين

مرفوعا وغير مرفوع بمال الوقف اهـ وفي حاشية الحموي قوله فليتربص الى خلاصه قيل واذا تربص عليه أجرة المثل على اختيار المتأخرين (قوله بناء على أن من له الاستغلال لا يملك السكنى الخ) قد سوى بين المسئلتين والثانية منهما وفاقية والاولى خلافية والراجح فيها أنه يملك السكنى كما حققه الشرنبلالي في رسالة سماها تحقيق السودد فارجع اليها أقول وقد ذكر الخصاف أولا التسوية بين المسئلتين ثم فرق بينهما في باب آخر معللا بأن سكنى من له الاستغلال كسكنى غيره بخلاف العكس لانه يوجب فيها حقا لغيره ومن له الاستغلال اذا سكن لا يوجب حقا لغيره (قوله وفي فتح القدير بقوله وليس الخ) هذه العبارة تفيد أنه عند الاطلاق في الوقف يكون للاستغلال وفي النظم الوهباني ومن وقفت دار عليه فماله * سوى الاجر والسكنى بها لا تقرر وتمامه في حاشية الرملي (قوله ويدل عليه) أي على أن من له الاستغلال ليس له السكنى وبيان الدلالة أن قولهم يصح أن تؤجر الدار للموقوف عليه يدل على أن المراد بالموقوف عليه من له الاستغلال اذ لو كان المراد من له حق السكنى لما صح جواز اجارتها لمن له الاستغلال فقط يدل على أنه ليس له السكنى اذ لا يستأجر لانسان شيأ يستحقه وعبارة البزازية هكذا ولا يملك المصرف السكنى في دار أو حانوت وقفت عليهم بدليل ما ذكره أبو جعفر ان اجارته من المصرف يجوز ومعلوم أن استئجار دار له السكنى لا يجوز فجوازه أدل على ما ذكرنا اهـ وقوله له السكنى أل فيه بدل عن الضمير المضاف اليه أي له سكناها هذا وقد ذكر في البزازية عقب ما قدمناه ما نصه وفي النوازل وقف عليه غلة دار ليس له السكنى وان وقف عليه للسكنى لم يكن له الاستغلال اهـ وهذا هو الموافق لما نقله المؤلف أولا ووقع في رسالة الشرنبلالي بدون ليس فقال عازيا الى البزازية وقف عليه غلة دار له السكنى وجعله من جملة ما استدل به على ما قدمناه عنه بناء على أن ما في النوازل ذكره البزازي بعد ما قدمه عن أبي جعفر لاظهار المخالفة وعلى ما علمته ليس فيه مخالفة له تأمل (قوله وظاهره أنه يجبر على عمارتها) قال في النهر الظاهر أنه لا يجبر وسيأتي قريبا ما يؤيده ثم قال بعده قال في الهداية ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فأشبه صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد اهـ وأنت خبير بأن هذا باطلاقه يشمل ما لو شرط الواقف عليه

دار غيره بغير اذنه ثم قال مستأجر حانوت الوقف بنى فيه بغير اذن القيم لا يرجع عليه ويرفع بناءه ان لم يضر بالوقف والا يتملكه القيم بأقل القيمتين منزوعا وغير منزوع فان أبى يتربص الى أن يخلص ماله ثم قال مستأجر الوقف بنى غرفة على الحانوت ان لم يضر بأصله ويزيد في أجرته أو لا يستأجر الا بالغرفة يجوز والا فلا اهـ وفي القنية لو وقف دارا على رجل وأولاده وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا واذا انقطعوا فالى الفقراء ثم بنى واحد من أولاد أولاد الموقوف عليهم بعض الدار الموقوفة وطين البعض وجصص البعض وبسط فيه الآجر فطلب الآخر منه حصته ليسكن فيها فمنعه منها حتى يدفع له حصة ما أنفق فيها ليس له ذلك والتطيين والجص صار تبعا للوقف وله أن ينقض الآجر قال رضي الله عنه وانما ينقض الآجر اذا لم يكن في نقضه ضرر بالوقف كمن بنى في الحانوت المسبل فله رفعه اذا لم يضر بالبناء القديم والا فلا اهـ وظاهر كلام المصنف وغيره ان من له الاستغلال لا تكون العمارة عليه بناء على ان من له الاستغلال لا يملك السكنى ومن له السكنى لا يملك الاستغلال كما صرح به في البزازية وفي فتح القدير بقوله وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال اهـ ويدل عليه قولهم اجارة العين للموقوف عليه صحيحة ومعلوم ان استئجار دار من له حق السكنى لا يجوز فجوازها دل على ما ذكرنا كذا في البزازية ولم أر حكم ما اذا سكن من له الاستغلال وفعل ما لا يجوز هل تجب الاجرة عليه ويأخذها المتولي ثم يدفعها اليه والذي يظهر ان الوقف ان كان محتاجا الى العمارة وجبت الاجرة عليه فيأخذها المتولي ليعمر بها والا فلا فائدة في وجوبها حيث لم يكن له شريك في الغلة وانما لم تكن عليه لان المتولي عليها يؤجرها ويعمرها بأجرتها كما لو أبى من له السكنى لكن في الظهيرية واذا صح الوقف واحتاج الى العمارة فالعمارة على من يستحق الغلة اهـ ويحمل على ان المعنى فالعمارة في غلتها ولما كانت غلتها له صار كان العمارة عليه قال في الظهيرية وان كان المشروط له غلة الارض جماعة رضي بعضهم بأن يرمه المتولي من مال الوقف وأبى البعض فمن أراد العمارة عمر المتولي حصته بحصته ومن أبى تؤجر حصته وتصرف غلتها الى العمارة الى أن تحصل العمارة ثم تعاد اليه اهـ وفي التتارخانية ولو كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ما عاش شرط على فلان مرمتها واصلاحها فيما لا بد لها منه فالوقف جائز مع هذا الشرط اهـ وظاهره انه يجبر على عمارتها وقياسه ان الموقوف عليه السكنى

كذلك فان قلت هل يصح بيع العمارة فى الارض الموقوفة قلت قال فى القنية من الوقف و يجوز شراء عمارة أرض أودار للمسجد اذا كانت الرقبة وقفا والافلا اه ومن البيوع و يشترط لجواز بيع العمارة فى الحانوت والاشجار فى الارض أن لا يلحقها ضرر بالقلع لا ملاك الباعة وفى الوقف لا يشترط ولو باع بناء واستثنى مافيه من الخشب أو استثنى مافيه من اللبن والتراب يجوز اذا اشتراه للنقض اه وفى القنية دار لسكنى الامام هدمها و بناها لنفسه وسقفها من الخشب القديم لم يكن له بيع البناء ان بناها كما كانت وفيها أيضا وقف دارا على امام مسجد ليسكنه بشرائطه ثم أخذ يرم بنفسه ليس له أن يأخذ أجرتها اه (قوله ولو أبى أو عجز عمر الحاكم باجرتها) يعنى أجرها الحاكم من الموقوف عليه أوغيره وعمرها باجرتها ثم يردها بعد التعمير الى من له السكنى لان فى ذلك رعاية للحقين حق الوقف وحق صاحب السكنى لانه لولم يعمرها تفوت السكنى أصلا أفاد انه لا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه فى حيز التردد وأفاد بقوله عمر الحاكم باجرتها ان من له السكنى لا تصح اجارته لانه غير مالك كذا فى الهداية وأورد عليه انه ان أراد انه ليس بمالك للمنفعة وانما أبيح له الانتفاع كما اختاره فى العناية وغاية البيان لزم أن لا يملك الاعارة والمنقول فى الخصاف انه يملكها فلولا انه مالك المنفعة لما ملكها لانها تمليك المنافع وان أراد انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف على ملك العين لزم أن لا تصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا تصح اجارته وهما صحيحان فالاولى أن يقال كما فى فتح القدير لانه يملك المنافع بلا بدل فلا يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة ولا فرق فى هذا الحكم أعنى عدم الاجارة بين الموقوف عليه السكنى وغيره فلا يملكها المستحق للغلة أيضا ونص الاسترو شنى ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبى جعفر ان كان الاجر كله للموقوف عليه فان كان الوقف لا يسترم تجوز اجارته وهذا فى الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر وان لم يشترط ذلك يجب أن يجوز و يكون الخراج والمؤنة عليه والدعوى من الموقوف عليه غير مسموعة على الصحيح و به يفتى كذا فى جامع الفصولين فان قلت اذا لم يصح اجارته ماحكم الاجرة اذا آجرها قلت ينبغى أن تكون للوقف ولم أره صريحا ولو قالوا عمرها المتولى أو القاضى لكان أولى فظاهر قولهم انما يملك الاجارة المتولى أو القاضى ان للقاضى الاستقلال بالاجارة ولو أبى المتولى الا ان يكون المراد التوزيع فالقاضى يؤجرها ان لم يكن لها متول أو كان لها وأبى الاصلح وأما مع حضور المتولى فليس للقاضى ذلك وسيزداد وضوحا ان شاء الله تعالى بعد ولم يذكر الشارحون حكم العمارة من المتولى أو القاضى هل هى مملوكة لمن له السكنى أولا وفى المحيط فان أجر القيم وأنفق الاجرة فى العمارة فتلك العمارة المحدثة تكون لصاحب السكنى لان الاجرة بدل المنفعة وملك المنفعة كانت مستحقة لصاحب السكنى فكذا بدل المنفعة تكون له والقيم انما أجر لاجله اه ومقتضاه انه لو مات تكون ميراثا كما لو عمرها بنفسه وفى فتح القدير ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد من يستأجرها لم أر حكم هذه فى المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضا على الارض كوما تسفوه الرياح وخطر لى انه يخيره القاضى بين أن يعمرها ليستوفى منفعتها و بين أن يردها الى ورثة الواقف

المرمة لانها حيث كانت عنده كان فى اجباره اتلاف ماله و بهذا اتضح ما مراه (قول المصنف ولو أبى أو عجز عمر الحاكم) قال فى النهر ومعلوم أن المتولى له ذلك أيضا و به صرح فى الحاوى اه وسيأتى (قوله ولو قالوا) قال الرملى يعنى أصحاب المتون

ولو أبى أو عجز عمر الحاكم باجرتها

(قوله الا أن يكون المراد التوزيع) قال الرملى وهو الظاهر (قوله وأما مع حضور المتولى فليس للقاضى ذلك) قال الرملى سيأتى قريبا أن له ذلك مع وجود المتولى فتامله وقد قال فى الاشباه والنظائر فى القاعدة السادسة عشر الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بعد ان ذكر فروعا وعلى هذا لا يملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله اه والاجارة تصرف فيه والذى يظهر أن المراد التوزيع يعنى ان أبى المتولى أو غاب غيبة منقطعة أو لم يكن لها متول يؤجرها القاضى وسيأتى أن ولاية القاضى متأخرة عن المشروطة وعن وصيه تنبه وسيأتى تمام الكلام

و يصرف نقضه الى عمارته ان احتاج والا حفظه للاحتياج ولا يقسمه بين مستحقي الوقف وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه صح

اهـ وهو عجيب لانهم صرحوا باستبدال الوقف اذا خرب وصار لا ينتفع به وهو شامل للارض والدار قال في الذخيرة وفي المنتقى قال هشام سمعت محمدا يقول الوقف اذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضي اهـ وأما عود الوقف بعد خرابه الى ملك الواقف أو ورثته فقد قدمنا ضعفه والحاصل ان الموقوف عليه السكنى اذا امتنع من العمارة ولم يوجد مستأجر باعها القاضي واشترى بثمنها ما يكون وقفا وفي الولوالجية خان أو رباط سبيل أراد أن يخرب يؤاجره المتولي وينفق عليه فاذا صار معمورا لا يؤاجره لانه لو لم يؤاجره يندرس اهـ لكن ظاهر كلام المشايخ ان محل الاستبدال عند التعذر انما هو الارض لا البيت وقد حققناه في رسالة في الاستبدال (قوله ويصرف نقضه الى عمارته ان احتاج والا حفظه للاحتياج ولا يقسمه بين مستحقي الوقف) بيان لما انهدم من بناء الوقف وخشبه والنقض بالضم البناء المنقوض والجمع نقوض وعن الويري النقض بالكسر لا غير كذا في المغرب وذكر في القاموس أولا أن النقض بالكسر المنقوض وثانيا انه بالضم ما انتقض من البنيان وذكر ان الجمع انقاض ونقوض وفاعل يصرف الحاكم كما صرح به في الهداية لانه المحدث عنه بقوله عمرها الحاكم وقدمنا انه لا فرق بين المتولي والحاكم في الاجارة والتعمير فكذا في النقض وقد سوى بين القاضي والمتولي في الحاوي القدسي فان احتاج الوقف الى عود النقض أعاده لحصول المقصود به وان استغنى عنه أمسكه الى أن يحتاج الى عمارته ولا يجوز قسمته بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيها وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف لهم غير حقهم ولم يذكر المصنف بيعه قال في الهداية وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل اهـ وظاهره انه لا يجوز بيعه حيث أمكن اعادته وهل يفسد البيع أو يصح مع اثم المتولي لم أره صريحا وينبغي الفساد وقدمنا انه لا يجوز بيع بعض الموقوف لمرمة الباقي بثمن ما باع زاد في التتارخانية ان المشتري لو هدم البناء ينبغي عزل الناظر ولا ينبغي للقاضي أن يأتمن الخائن وسبيله أن يعزله اهـ وفي الحاوي فان خيف هلاك النقض باعه الحاكم وأمسك ثمنه لعمارته عند الحاجة اهـ فعلى هذا يباع النقض في موضعين عند تعذر عوده وعند خوف هلاكه والمراد ما انهدم من الوقف فلو انهدم الوقف كله فقد سئل عنه قارئ الهداية بقوله سئل عن وقف تهدم ولم يكن له شئ يعمر منه ولا أمكن اجارته ولا تعميره هل تباع انقاضه من حجر وطوب وخشب أجاب ان كان الامر كذلك صح بيعه بامر الحاكم ويشتري بثمنه وقف مكانه فاذا لم يمكن رده الى ورثة الواقف ان وجدوا والا صرف الى الفقراء اهـ (قوله وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه صح) أي لو شرط عند الايقاف ذلك اعتبر شرطه أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول

على هذه المسئلة في الورقة الثانية عشر (قوله وهو عجيب الخ) قال الرملي كلام الفتح أعم من أن يجد مستبدلا أولا ويحمل على الثاني اذا رأى الاستبدال أو غلبهما ان لم يره فلا عجب تأمل وقد فرق الشيخ المؤلف في رسالة في الاستبدال بين الارض فأجازه فيها وبين الدار فلم يجزه وأتى بأشياء لا تدل على دعواه وقوله الآتي لكن ظاهر كلام المشايخ أن محل الاستبدال الارض لا البيت غير ظاهر وكيف يكون ذلك وكلام المنتقى شامل لهما فالحاصل أن الفرق بين الارض والدار غير صحيح تأمل (قوله وليس ذلك الا القاضي) قال الرملي عليك أن تتأمل وتراجع كتب الاوقاف فقد قدم في شرح قوله ولا يملك الخ وقد روي عن محمد اذا ضعفت الارض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أخرى أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وقيل هذا اذا باعه الموقوف عليه لضرورة وقضى القاضي بصحة البيع ينفذ وتقدم أيضا في الذخيرة سئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشتري بثمنها مكانها أخرى قال نعم وقد أشبع الكلام على ذلك فراجعه اهـ (قوله وقدمنا أنه لا يجوز بيع بعض الموقوف لمرمة الباقي) قال الرملي أقول قال في البزازية بيع عقار المسجد لمصلحته لا يجوز وان بأمر القاضي وان باع بعضه لاصلاح باقيه لخراب كله جاز اهـ بتمامه فيه (قوله فعلى هذا) يباع النقض في موضعين يزاد عليهما ما في الفتح حيث قال واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا

محمد من اشتراط التسليم الى المتولي عنده وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على اشتراط القبض والافراز
وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما
اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعده للفقراء وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك
بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق
فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط فدل على
صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل
لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا انه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى
خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القربة
وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة وفي فتح القدير فقد ترجح
قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا
للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور
الاشتراط لنفسه ما لو قال أن يقضي دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدث علي الموت وعلي دين يبدأ من
غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف فاذا شرط أن ينفق
على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن
ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد
عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا قال ان حدث على
فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل في
الحج عنه أو في كفارة أيمانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة
كذا وكذا درهما الصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله اهـ وفي الحاوي
القدسي المختار للفتوى قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وتكثيرا للخير ويتفرع على هذا
الاختلاف أيضا ما لو وقف على عبده وامائه فعند محمد لا يجوز وعند أبي يوسف يجوز كشرطه
لنفسه وفرع بعضهم عليه أيضا اشتراط الغلة لمدبريه وأمهات أولاده وهو ضعيف والاصح انه صحيح
اتفاقا والفرق لمحمد ان حريتهم تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته
لهم حال حياته تبعا لما بعد موته فما في الهداية والمجتبى من تصحيح انها على الخلاف ضعيف قيد
بجعل الغلة لنفسه لانه لو وقف على نفسه قال أبو بكر الاسكاف لا يجوز وعن أبي يوسف جوازه واذا
مات صار الى المساكين ولو قال أرضي صدقة موقوفة على ان لي غلتها ما عشت قال هلال لا يجوز هذا
الوقف وذكر الانصاري جوازه واذا مات يكون للفقراء كذا في الخانية وفيها الوقف وقفا واستثنى
لنفسه أن يأكل منه ما دام حيا ثم مات وعنده من هذا الوقف معاليق عنب أو زبيب فذلك كله
مردود الى الوقف ولو كان عنده خبز من بر ذلك الوقف يكون ميراثا لان ذلك ليس من الوقف حقيقة
اهـ وحاصله ان المعتمد صحة الوقف على النفس واشتراط ان تكون الغلة له فما في الخانية من انه
لو وقف على نفسه وعلى فلان صح نصفه وهو حصة فلان وبطل حصة نفسه ولو قال على نفسي ثم على
فلان أو قال على فلان ثم على نفسي لا يصح شيء منه ولو قال على عبدي وعلى فلان صح في النصف
وبطل في النصف ولو قال على نفسي وولدي ونسلي فالوقف كله باطل لان حصة النسل مجهولة اهـ

لان في صيرورته وقفا خلافا والمختار أنه لا يكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت اهـ

مبني على القول الضعيف والعجب منه كيف جزم به وساقه على طريقة الاتفاق أو الصحيح ثم اعلم ان الاعتبار في الشروط لما تكلم به الواقف لالما كتب في مكتوب الوقف فلو أقيمت بينة بشرط تكلم به الواقف ولم يوجد في المكتوب عمل به لما في البزازية وقد أشرنا ان الوقف على ما تكلم به لا على ما كتب الكاتب فيدخل في الوقف المذكور وغير المذكور في الصك أعني كل ما تكلم به اه ولا خلاف في اشتراط الغلة لولده فاذا وقف على ولده شمل الذكر والانثى وان قيده بالذكر لا تدخل الانثى كالابن ولا شئ لولد الولد مع وجود الولد فان لم يوجد له ولد كانت لولد الابن ولا يدخل ولد البنت في الوقف على الولد مفردا وجمعا في ظاهر الرواية وهو الصحيح المفتى به ولو وقف على ولده وولد ولده اشترك ولده وولد ابنه وصحح قاضيخان دخول أولاد البنات فيما اذا وقف على أولاده وأولاد أولاده وصحح عدمه في ولدي ولو قال على ولدي فمات كانت للفقراء ولا تصرف الى ولد ولده في كل بطن الا بالشرط الا اذا ذكر البطون الثلاثة فانها لا تصرف الى الفقراء ما بقي أحد من أولاده وان سفل ولو وقف على ولديه ثم على أولادهما فمات أحدهما كان للآخر النصف ونصف الميت للفقراء لا لولده فاذا مات الآخر صرف الكل الى أولاد الاولاد ولو وقف على ولده وليس له الا ولد ابن كانت له فان حدث له ولد كانت له ولو وقف على محتاجي ولده وليس له الا ولد محتاج كان النصف له والآخر للفقراء ولو وقف على أولاده فماتوا الا واحدا كان الكل له لا للفقراء الا بعد موته ولو عين الاولاد فكل من مات كان نصيبه للفقراء لا لاخوانه بغير شرط ولو وقف على أولاده وليس له الا واحد أو على بنيه وليس له الا ابن واحد كان النصف له والنصف للفقراء هكذا سوى بين الاولاد والابناء في الخانية وفرق بينهما في فتح القدير فقال في الاولاد يستحق الواحد الكل وفي البنين لا يستحق الكل وقال كأنه مبني على العرف وقد علمت ان المنقول خلافه ولو وقف على بنيه لا تستحق البنات كعكسه وبقية التفاريع المتعلقة بالوقف على الاولاد والاقارب معلومة في الخصاف وغيره وفرع في الهداية على الاختلاف بين الشيخين شرط الاستبدال لنفسه فجوزه أبو يوسف وأبطل محمد الشرط وصحح الوقف وفي الخانية الصحيح قول أبي يوسف لانه شرط لا يبطل حكم الوقف لان الوقف يحتمل الانتقال من أرض الى أرض أخرى ويكون الثاني قائما مقام الاولى فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بقيمتها أرضا أخرى فتكون الثانية وقفا على وجه الاولى وكذلك أرض الوقف اذا قل نزلها لآفة وصارت بحيث لا تصلح للزراعة أو لا تفضل غلتها عن مؤنها ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى فيصح شرط ولاية الاستبدال وان لم يكن للحال ضرورة داعية الى الاستبدال ولو شرط بيعها بما بدا له من الثمن أو ان يشتري بثمنها عبدا أو يبيعها ولم يزد فسد الوقف لانه شرط ولاية الابطال بخلاف شرط الاستبدال لانه نقل وتحويل وأجمعوا انه اذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف ان الشرط والوقف صحيحان ويملك الاستبدال

(قوله والعجب منه كيف جزم به الخ) قال الرملي أقول كيف يجعله القطع بكونه ضعيفا وقد قدم في شرح قوله ولا يتم الا أن أكثر فقهاء الامصار أخذوا بقول محمد وأن الفتوى عليه فالعجب ممن وصفه بالضعف مع ما يقضي بوصف القوة تأمل اه قلت لا يلزم من افتائهم بقول محمد بلزوم القبض والافراز افتاؤهم بقوله بعدم صحة الوقف على النفس ولاسيما ان قلنا أنه مسئلة مبتدأة غير مبنية على اشتراط القبض والافراز لكن لم يذكر المؤلف ما يدل على تصحيح قول أبي يوسف في صحة الوقف على النفس ولعله جعل التصحيح المنقول في اشتراط الغلة لنفسه تصحيحا لهذا تأمل (قوله وأجمعوا أنه اذا شرط الاستبدال لنفسه الخ) مخالف لما مر عن الهداية من تفريع المسئلة على الاختلاف بين الشيخين ثم رأيت في رسالة العلامة قنلي زاده في الاستبدال ما نصه وأما قولنا على الصحيح من المذهب فلان فيه خلاف أبي يوسف بن خالد السمتي حيث ذهب الى أن هذا الشرط باطل وان كان الوقف بهذا الوجه صحيحا وذهب بعضهم الى أن الوقف والشرط كلاهما باطلان كما نقله قاضيخان وبهذا ظهر أن دعواه الاجماع في المسئلة غير صحيحة وأن المسئلة فيها خلاف لكن الصحيح رواية ودراية جواز الاستبدال اه ورأيت في رسالة تحرير المقال في مسئلة الاستبدال للشيخ المؤلف ذكر أن بينهما مخالفة ظاهرا ثم قال الا أنه أي قاضيخان صور المسئلة المختلف فيها بما اذا قال أرضي هذه صدقة موقوفة على أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضا أخرى فتكون وقفا على شروط الاولى فقد يوفق بينهما بان محل الاجماع ما اذا قال على أن استبدل لها بأرض أو دار وصرح بالاستبدال ومحل الخلاف ما اذا قال على أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضا الخ والا فهو مشكل وما في فتح القدير

امابدون الشرط أشار فى السير انه لايملك الاستبدال الا القاضى اذا رأى المصلحة فى ذلك ولو شرط أن يبيعها ويشترى بثمنها أرضا أخرى ولم يزد صح استحسانا وصارت الثانية وقفا بشرائط الاولى ولا يحتاج الى ايقافها كالعبد الموصى بخدمته اذا قتل خطأ واشترى المولى بقيمته عبدا آخر ثبت حق الموصى له فى خدمته والمدبر اذا قتل خطأ فاشترى المولى بقيمته آخر صار مدبرا وليس له أن يستبدل الثانية بارض ثالثة لان الشرط وجد فى الاولى فقط ولو شرط استبدالها بارض فليس له الاستبدال بدار لانه لايملك تغيير الشرط وله أن يشترى أرض الخراج لان أرض الوقف لاتخلو عن وظيفة اما العشر واما الخراج ولو شرط استبدالها بدار فليس له استبدالها بارض ولو قيد بارض البصرة تقيد وليس له استبدالها بارض الحوز لان من فى يده أرض الحوز بمنزلة الاكار لايملك البيع ولو أطلق الاستبدال فباعها بثمن ملك الاستبدال بجنس العقار من دار أو أرض فى أى بلد شاء ولو باعها بغبن فاحش لايجوز بيعه فى قول أبى يوسف وهلال لان القيم بمنزلة الوكيل فلا يملك البيع بغبن فاحش ولو كان أبو حنيفة يجيز الوقف بشرط الاستبدال لاجاز بيع القيم بغبن فاحش كالوكيل بالبيع ولو باعه بثمن مقبوض ومات مجهلا كان دينا فى تركته ولو وهب الثمن صحت وضمن فى قول الامام وقال أبو يوسف لاتصح الهبة ولو باعها بعروض ففى قياس قول الامام يصح ثم يبيعها بنقد ثم يشترى عقارا أو يبيعها بعقار وقال أبو يوسف وهلال لايملكه الا بالنقد كالوكيل بالبيع ولو عادت اليه بعد بيعها ان عادت اليه بما هو عقد جديد لايملك بيعها ثانيا وان بما هو فسخ من كل وجه ملك بيعها ثانيا ولو باع واشترى بثمنها أخرى ثم ردت الاولى عليه بعيب بالقضاء كان له أن يصنع بالاخرى ماشاء والاولى تعود وقفا ولو بغير قضاء لم ينفسخ البيع فى الاولى ولا تبطل الوقفية فى الثانية ويصير مشتريا بالاولى لنفسه ولو اشترى بثمنها أرضا أخرى فاستحقت الاولى لاتبقى الثانية وقفا استحسانا لبطلان المبادلة ولو شرط الاستبدال لنفسه ثم أوصى به الى وصيه لايملك وصيه الاستبدال ولو وكل وكيلا فى حياته صح ولو شرطه لكل متول صح وملكه كل متول ولو شرط ان لفلان ولاية الاستبدال فمات الواقف لايكون لفلان ولاية بعد موت الواقف الا أن يشترطه له بعد وفاته وهذا كله قول أبى يوسف وهلال بناء على جواز عزل الواقف المتولى فكان وكيله فانعزل بموته وعند محمد لاتبطل ولا ينتهى بوفاته لانه وكيل الفقراء لا الواقف ولو شرط الاستبدال لرجل آخر مع نفسه ملك الواقف الاستبدال وحده ولايملكه فلان وحده الكل من الخانية وقد اختلف كلام قاضيخان فى موضع جوزه للقاضى بلا شرط الواقف حيث رأى المصلحة فيه وفى موضع منع منه ولو صارت الارض بحال لاينتفع بها والمعتمد انه بلا شرط يجوز للقاضى بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية وان

عما يتراءى أنه توفيق فبعيد للتأمل (قوله وليس له أن يستبدل الثانية بارض ثالثة الخ) قال فى الفتح الا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك اه (قوله بارض الحوز) قال الرملى أرض الحوز ماحازه السلطان عند عجز أصحابها عن زراعتها وأداء مؤنتها بدفعهم اياها اليه لتكون منفعتها للمسلمين مقام الخراج ورقبة الارض على ملك أربابها فلو وقفها من أدخله السلطان لعمارتها لايصح لكونه مزارعا اه كذا فى الاسعاف للطرابلسى وقدم هذا الشارح أول كتاب الوقف أيضا (قوله ولو عادت اليه بعد بيعها الخ) قال فى الاسعاف ولو باع ماشرط استبداله ثم عاد اليه ان عاد بما هو فسخ من كل وجه كالرد بالعيب قبل القبض مطلقا وبعده بقضاء أو بفساد البيع أو خيار الشرط أو الرؤية جاز له بيعها ثانيا لان البيع الاول صار كأنه لم يكن وان عاد بما هو كعقد جديد كالاقالة بعد القبض لايملك بيعها ثانيا لانه صار كأنه اشتراها جديدا فيصير وقفا فيمتنع بيعها وكما لو اشترى أرضا أخرى بدلها الا أن يكون شرط الاستبدال مرة بعد أخرى اه (قوله بشرط أن يخرج الخ) حاصل ماذكره هنا لجواز الاستبدال خمسة شروط وفى الخامس كلام ستعرفه ويؤخذ مما مر زيادة شرط آخر فى بعض الصور وهو كونهما من جنس واحد قال العلامة قنلى زاده فى رسالته فى شرائط الاستبدال منها أن يكون البدل والمبدل من جنس واحد وهذا ذكروه فيما شرط لا الاستبدال لنفسه فلما كان شرطا فيه فلان يكون شرطا فيما لم يشترط بكتاب الوقف أولى ثم ذكر عن الخانية مامر من أنه لو شرط لنفسه استبدالها بدار لم يكن له استبدالها بارض وبالعكس أو بارض البصرة تقيد ثم قال واذا كانت موقوفة للاستغلال فالظاهر عدم اشتراط اتحاد الجنس على المنظور فيها كثرة الريع وقلة المرمة والمؤنة وقابلية البقاء الا ترى أنه لو استبدل الحانوت أو الدار الموقوفة للاستغلال بارض تزرع وتحصل منها الغلة قدر اجارة الاولى كان أحسن وأولى لاحتمال المستغلات الفناء

لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به وأن لا يكون البيع بغبن فاحش وشرط فى الاسعاف أن يكون المستبدل قاضى الجنة المفسر بذى العلم والعمل كيلا يحصل التطرق الى ابطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب فى زماننا اه ويجب أن يزاد آخر فى زماننا وهو أن يستبدل بعقار لا بالدراهم والدنانير فانا قد شاهدنا النظار يأكلونها وقل ان يشترى بها بدل ولم نر أحدا من القضاة يفتش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا مع انى نبهت بعض القضاة على ذلك وهم بالتفتيش ثم ترك فان قلت كيف زدت هذا الشرط والمنقول السابق عن قاضيخان يرده قلت لما فى السراجية سئل عن مسئلة استبدال الوقف ما صورته وهل هو على قول أبى حنيفة وأصحابه أجاب الاستبدال اذا تعين بأن كان الموقوف لا ينتفع به وثم من يرغب فيه ويعطى بدله أرضا أو دارا لها ريع يعود نفعه على جهة الوقف فالاستبدال فى هذه الصورة قول أبى يوسف ومحمد وان كان للوقف ريع ولكن يرغب شخص فى استبداله ان أعطى مكانه بدلا أكثر ريعا منه فى صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند القاضى أبى يوسف والعمل عليه والا فلا يجوز اه فقد عين العقار للبدل فدل على منع الاستبدال بالدراهم والدنانير وفى القنية مبادلة دار الوقف بدار أخرى انما يجوز اذا كانتا فى محلة واحدة أو تكون المحلة المملوكة خيرا من المحلة الموقوفة وعلى عكسه لا يجوز وان كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها فى أدون المحلتين لدناءتها وقلة رغبات الناس فيها اه وفى المحيط لو ضاع الثمن من المستبدل لا ضمان عليه لكونه أمينا كالوكيل بالبيع اه وفى شرح منظومة ابن وهبان لو شرط الواقف أن لا يستبدل أو يكون الناظر معزولا قبل الاستبدال أو اذا هم بالاستبدال انعزل هل يجوز استبداله قال الطرسوسى انه لا نقل فيه ومقتضى قواعد المذهب ان للقاضى أن يستبدل اذا رأى المصلحة فى الاستبدال لانهم قالوا اذا شرط الواقف أن لا يكون للقاضى أو السلطان كلام فى الوقف انه شرط باطل وللقاضى الكلام لان نظره أعلى وهذا شرط فيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم وتعطيل للوقف فيكون شرطا لا فائدة فيه للوقف ولا مصلحة فلا يقبل اه وفيها أيضا فرع مهم وقع السؤال بالقاهرة بعد سنة سبعين ان الواقف اذا جعل لنفسه التبديل والتغيير والاخراج والادخال والزيادة والنقصان ثم فسر التبديل باستبدال الوقف هل يكون صحيحا

بالحريق وانهدام البناء واحتياجها الى الترميم والتعمير فى البقاء بخلاف الاراضى المزروعة فانها أدوم وأبقى وأغنى عن الكلفة والخراج عليها اه قلت وحاصله أن الموقوفة للاستغلال مراد الواقف منها انتفاع الموقوف عليه بغلتها واذا جاز الاستبدال للقاضى لا يتقيد ذلك بكونها من جنس الاولى فيكون نظير ما لو شرط الاستبدال وأطلق وقدمنا أنه لو باعها بثمن يستبدلها بجنس العقار من دار أو أرض فى أى بلد شاء أما الموقوفة للسكنى اذا جاز للقاضى استبدالها يكون نظير ما لو شرط استبدال الدار بدار لظهور أن قصد الواقف المنفعة بالسكنى فيظهر اشتراط كون ما استبدله القاضى مما فيه تلك المنفعة المرادة للواقف وحينئذ يظهر اشتراط شرط آخر وهو اتحاد المحلة أو كون الثانية أحسن كما يستفاد مما يذكره المؤلف قريبا عن القنية تأمل (قوله والمنقول السابق يرده الى قوله اه) قال الرملى كيف يخالف قاضيخان مع صراحته بالجواز بما فى السراجية مع أنه ليس فيه تعرض للاستبدال بالدراهم والدنانير لا بنفى ولا اثبات فلا دلالة فيه على مدعاك أصلا والمنقول السابق عن قاضيخان قوله وقال أبو يوسف وهلال لا يملكه الا بالنقد كالوكيل بالبيع اه قلت وقد يجاب بان المؤلف لم ينكر مخالفته لقاضيخان وانما منع الاستبدال بالدراهم فى زمانه لما ذكره من العلة اذ لا شك أن قاضيخان ومن قبله لو علموا بما حدث من أكل مال البدل لمنعوه أشد المنع (قوله فقد عين العقار للبدل) قال الرملى كانه استفاده من قوله والا فلا يجوز ولقائل أن يقول ينبغى حمله على التمثيل توفيقا بينه وبين كلام قاضيخان والذى يدل عليه ما كثر ايراده ونقله فى كتب الفقه عن نوادر هشام الوقف اذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه آخر ولا يجوز بيعه الا للقاضى اه فهذا كما ترى صريح فى جواز بيعه بالدراهم وكذا ما فى المحيط من قوله لو ضاع الثمن من المستبدل لا ضمان عليه وكذا فى كثير من الكتب قال فى النهر ورأيت بعض الموالى يميل الى هذا أى تعيين العقار للبدل ويعتمده وأنت خبير بان المستبدل اذا كان هو قاضى الجنة فالنفس به مطمئنة ولا يخشى الضياع معه ولو بالدراهم والدنانير والله تعالى هو الموفق وقد أوضحنا المسئلة بأكثر من هذا فى كتابنا اجابة السائل باختصار أنفع الوسائل فعليك به مستغفرا لمؤلفه اه (قوله وهذا شرط الى قوله فلا يقبل) قال الرملى هذا صريح فى

وهل تكون له ولاية الاستبدال والشيخ الامام الوالد سقى الله عهده صوب الرضوان أفتى بصحة ذلك
وانه يكون له ولاية الاستبدال لان الكلام متى أمكن حمله على التأسيس لا يحمل على التأكيد ولفظ
التبديل محتمل للمعنى المذكور وحمله على معنى يغايره فيما بعده أولى من جعله مؤكدا له ويلغي
موافقة بعض أصحابنا من الحنفية على ذلك ومخالفة البعض ثم رفع سؤال آخر عن الواقف اذا شرط
لنفسه ماذكرناه ثم اشترط بمقتضى ذلك الشرط انه شرط لنفسه أن يستبدل بوقفه اذا رأى ماهو أنفع
منه لجهة الوقف فهل يصح الاشتراط الثاني و يعمل به لانه من مقتضى الشرط الاول أم لا فاضطرب
فيه افتاء أصحابنا وكنت ممن أفتى بصحته وكونه من مقتضى الشرط الاول وأظن ان الشيخ الامام
وافقني على ذلك وقضى به في التاريخ المذكور سيما اذا قال الواقف في كتاب الوقف وان يشترط لنفسه
ماشاء من الشروط المخالفة لذلك اه وفي فتح القدير لو باع وقبض الثمن ثم مات مجهلا فانه يكون
ضامنا اه وقد وقعت حادثتان للفتوى احداهما باع الوقف من ابنه الصغير فأجبت بانه لا يجوز
اتفاقا كالوكيل بالبيع باع من ابنه الصغير ولو باع من ابنه الكبير فكذلك عند الامام خلافا لهما
كما عرف في الوكالة ثانيتهما باع من رجل له دين على المستبدل وباعه الوقف بالدين ولم أر فيهما
نقلا و ينبغي أن لا يجوز على قول أبي يوسف وهلال لانهما لا يجوزان البيع بالعروض فالدين أولى
وفي فتح القدير على جواز شرط الاستبدال لو شرط لنفسه أن ينقص من المعاليم اذا شاء و يزيد و يخرج
من شاء و يستبدل به كان له ذلك وليس لقيمه الا أن يجعل له واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا
الا بشرطه وفي وقف الخصاف لو شرط ان لا تباع ثم قال في آخره على ان له الاستبدال كان له
الاستبدال لان الآخر ناسخ للاول وكذا لو شرط الاستبدال أولا ثم قال لا تباع امتنع الاستبدال
واذا شرط الزيادة والنقصان والادخال والاخراج كلما بدا له كان ذلك مطلقا له غير محظور عليه
و يستقر الوقف على الحال الذي كان عليها يوم موته وما شرطه لغيره من ذلك فهو له ولو شرط لنفسه
مادام حيا ثم للمتولي من بعده صح ولو جعله للمتولي مادام الواقف حيا ملكه مدة حياته واذا مات
الواقف بطل وليس للمشروط له ذلك أن يجعله لغيره أو يوصي به له ولو شرط لنفسه الاستبدال والزيادة
والنقصان والادخال والاخراج ليس له أن يجعل ذلك للمتولي وانما له ذلك مادام حيا اه ملخصا وفي
المحيط لو شرط أن يعطي غلتها من شاء له المشيئة في صرفها الى من شاء واذا مات انقطعت وان شاء نفسه
ليس له ذلك على قول مانعي الوقف على النفس وان شاء غنيا معينا جاز كفقير معين ويمتنع التحويل
الى غيره وان شاء الصرف على الاغنياء دون الفقراء بطلت المشيئة وان شاء صرفها الى الفقراء دون
الاغنياء جازت ولو شرط أن يعطيها من شاء من بني فلان فشاء واحدا منهم جاز ولو شاء كلهم بطلت
وتكون للفقراء عند أبي حنيفة قياسا وعندهما جازت وتكون لبني فلان استحسانا بناء على ان كلمة
من للتبعيض عنده وللبيان عندهما ولو شرط أن يفضل من شاء فله مشيئة التفضيل دون مشيئة
التخصيص ولو وقف على بني فلان على أن الي اخراج من شئت منهم فان أخرج بعضا صح ثم ان كان في
الوقف غلة وقت الاخراج ذكر هلال انه يخرج منها خاصة وعلى قياس ماذكر في وصايا الاصل والجامع
الصغير انه يخرج عن الغلة أبدا لانه لو أوصى بغلة بستانه وفي البستان غلة يوم موت الموصي فله الغلة
الموجودة وما يحدث في المستقبل أبدا وعلى رواية هلال له الموجود فقط وهو المحكي عن أصحابنا وان
أخرج واحدا منهما بان قال أخرجت فلانا أو فلانا جاز والبيان اليه فان لم يبين حتى مات فالغلة تقسم
على رؤس الباقين والمضروب لهذين سهم فان اصطلحا أخذاه بينهما وان أبيا أو أبى أحدهما وقف الامر

ان كل شرط كذلك لا يقبل ونرى كثيرا من هذا في شروط الواقفين فيحكم بعدم قبوله (قوله كان ذلك مطلقا له غير محظور) قال الرملي وبدون هذا الشرط لا يطلق له ذلك

حتى يعطيها وان أخرجهم جميعا فان كان من غلة هذه السنة صح وكانت للفقراء وبعدها للموقوف عليهم وان أخرجهم من الغلة مطلقا لم يصح قياسا لان الشرط للبعض ويصح استحسانا لانه يراد به الايثار في المستأنف وما يبدوله في المستقبل وتكون للفقراء اه وقد وقعت حوادث الفتوى في مسئلة الادخال والاخراج الى آخره منها لو قال من له ذلك بعدما أدخل انسانا أسقطت حقي من اخراجه ثم أخرجه هل يخرج ومنها لو قال من له ذلك أسقطت حقي منه هل يسقط وليس له فعل شئ ومنها لو شرط الواقف لنفسه الادخال الى آخره كلما بداله وشرط أن يشترطه لمن شاء فشرطه لغيره وشرط له ماشرطه لنفسه فشرطه المشروط له لآخر فاراد من شرطه الواقف له أن يخرج من جعل هذا الشرط له وأراد المجعول له أن يخرج الجاعل فهل هو للاول أو للثاني بناء على ان المشروط له ذلك اذا جعله لغيره هل يبطل ما كان له أو يبقى له ولمن جعله له ومنها انه لو شرط ذلك له ولفلان فهل لاحدهما الانفراد أولا ولم أر نقلا صريحا فيها وظاهر ما في الخانية من الشرب ان الحق يقبل الاسقاط انه يسقط حقه فانه صرح بان حق الغانم قبل القسمة وحق المسيل المجرد وحق الموصى له بالسكنى وحق الموصى له بالثلث قبل القسمة وحق الوارث قبل القسمة يسقط وصرح في جامع الفصولين من الفصل الثامن والعشرين لو قال وارث تركت حقي لا يبطل حقه اذ الملك لا يبطل بالترك والحق يبطل به حتى لو ان أحد الغانمين قال قبل القسمة تركت حقي بطل حقه وكذا لو قال المرتهن تركت حقي في حبس الرهن يبطل اه فقوله والحق يبطل به يدل على ما ذكرنا فان قلت ذكر في الخانية من كتاب الشهادات من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بابطاله فانه لو قال أبطلت حقي كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك اه قلت بينهما فرق لان كلامنا فيما اذا كان الحق لمعين أسقطه وأما ما في الخانية من الشهادات فالحق لغير معين فانه وقف مطلق على فقراء المدرسة وغير المعين لا يصح ابطاله وانما خرج عن هذا الاصل ما اذا لم يكن الحق لمعين ومثله في الهبة قال في البزازية لو قال الواهب أسقطت حقي في الرجوع في الهبة لا يسقط اه فان قلت اذا قال من له الشرط لا حق لي فيها ولا استحقاق ولا دعوى فهل له ولاية الادخال والاخراج مع شرط الواقف قلت ليس له ذلك لكونه مقرا بانه لا حق له وهو مؤاخذ باقراره ولذا قال الخصاف لو وقف على ولده فاقر بانه عليه وعلى زيد عمل باقراره مادام حيا حملا على ان الواقف رجع عن اختصاصه وأشرك معه زيدا الى آخره وعلى هذا سئلت فيمن له الادخال والاخراج كلما بداله فادخل انسانا فما الحيلة في عدم جواز اخراجه فاجبت بانه يقر بانه لا حق له في اخراجه ولا تمسك له بما في شرط الواقف فلا يقدر على اخراجه بعده هذا ما ظهر لي والله سبحانه وتعالى أعلم وظاهر قوله في فتح القدير ان مسئلة شرط الادخال والاخراج الى آخره على وزان مسئلة الاستبدال أن للواقف الانفراد وليس للآخر الانفراد لما ذكرناه عن الخانية في مسئلة ما اذا شرط الاستبدال لنفسه ولفلان معللا بان الواقف هو الذي شرط لذلك الرجل وما شرط لغيره فهو مشروط لنفسه اه وقد يقال لا فائدة حينئذ في اشتراطه معه لان الواقف يصح انفراده فكان كالعدم وظاهر ما في الخانية انه مفرع على قول أبي يوسف بجواز عزل المتولي بلا شرط وأما على قول محمد فالواقف كالاجنبي فينبغي أن لا يملك الواقف الاستبدال وحده وكذا الادخال والاخراج ولم يظهر لي وجه الثالثة وأما الثانية أعني اشتراط الولاية للواقف فالمذكور قول أبي يوسف وهو قول هلال وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا والاشبه أن يكون هذا قول

(قوله وظاهر ما في الخانية من الشرب الخ) يستفاد منه الجواب عن الاولى والثانية وقوله وظاهر قوله في فتح القدير الخ يستفاد منه الجواب عن الرابعة وبقي التوقف في الثالثة ولذا قال بعده ولم يظهر لي وجه الثالثة (قوله وكذا لو قال المرتهن تركت حقي الخ) قال الرملي سيأتي في هذا الشرح في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل في شرح قوله والشريك لشريكه بعد تقدم كلام فالحق أن من اسقط حقه في وظيفة تقرر فيها أنه يسقط حقه فراجعه ان شئت (قوله فيما اذا كان الحق لمعين اسقطه) ظاهر هذا بل صريحه أن الموقوف عليه كالاولاد مثلا اذا أسقط حقه اسقط وليس كذلك فان الشارح له رسالة صرح فيها بعدم الفرق بين فقراء المدرسة وبين الموقوف عليه المعين فتدبر وكذا الشيخ خير الدين في فتواه مشى

على عدم الفرق بينهما كذا بخط شيخ شيخنا عبد الحى ثم رأيت العلامة الطورى رسالة مشى فيها ان الحق اذا كان لمعين فانه يسقط بالاسقاط فراجعه يقول الفقير جامع هذه الحواشى كذا بخط بعض الفضلاء فى هامش البحر فى هذا المحل ورأيت بعده بخط شيخنا المحشى مانصه قلت وقد ذكر المؤلف تحقيقا فى هذه المسئلة فى باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل عند قوله والشريك لشريكه فراجعه من كتاب الشهادات (قوله واذا ولى غيره كان وكيلا عنه) قال الرملى هذا صريح فى أنه يصح عزله بجنحة وغير جنحة عنده لانه وكيل عنه وللموكل عزل الوكيل مطلقا وسيذكره قريبا (قوله بطلت ولايته) الا اذا جعله قيما فى حياته وبعد مماته كما مر قبيل عشرين ورقة (قوله ومحمد لما شرطه انعكست الاحكام) قال الرملى أى فلا يجوز شرط التولية لنفسه واذا ولى غيره لا يكون وكيلا عنه فليس له عزله ولا تبطل ولايته بموته عنده (قوله والظاهر انها) قال الرملى أى العدالة فى الناظر اهـ والظاهر عوده لجميع ما مر بقرينة جمعه الشرائط تامل (قوله ويشترط للناظر بلوغه الخ) أفتى به العلامة ابن الجلبى فقال فى فتاواه وأما الاسناد للصغير فلا يصح بحال لا على سبيل الاستقلال بالنظر ولا على سبيل المشاركة لغيره لان النظر على الوقف من باب الولاية والصغير يولى عليه لقصوره فلا يصح أن يولى على غيره اهـ لكن قال فى الاشباه والنظائر فى أحكام الصبيان ويصلح وصيا وناظرا ويقيم القاضى مكانه بالغا الى بلوغه كما فى منظومة ابن وهبان من الوصايا اهـ الولاية

أقول ورأيت فى أحكام الصغار للامام الاستروشنى مانصه وفى فتاوى رشيد الدين رحمه الله القاضى اذا فوض التولية الى صبى يجوز اذا كان أهلا للحفظ ويكون له ولاية التصرف كما أن القاضى يملك اذن الصبى وان كان الولى لا يأذن وكذلك التولية وتجوز التولية الى العبد الغير المحجور عليه لان المانع حق المولى وقد زال ذلك بالاذن اهـ ويؤخذ منه التوفيق بحمل ما فى الاسعاف على ما اذا لم يكن أهلا للحفظ بان كان صغيرا لا يعقل وما فى الاشباه على ما اذا كان أهلا فتدبر

محمد لان من أصله ان التسليم للقيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه كذا فى الهداية وفى الخلاصة اذا شرط الواقف أن يكون هو المتولى فعند أبى يوسف الوقف والشرط كلاهما صحيحان وعند محمد وهلال الوقف والشرط كلاهما باطلان اهـ فقد اختلف النقل عن هلال وفى الخلاصة اذا شرط فى الوقف الولاية لنفسه وأولاده فى عزل القيم واستبداله لهم وماه ومن نوع الولاية وأخرجه من يد المتولى جاز ولو لم يشترط الولاية لنفسه وأخرجه من يده قال محمد لا ولاية للواقف والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصى لا ولاية لوصيه والولاية للقيم وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم فى حياته واذا مات الواقف بطل ولاية القيم ومشايخ بلخ يفتون بقول أبى يوسف وقال الصدر الشهيد والفتوى على قول محمد اهـ والحاصل أن أبا يوسف لما لم يشترط التسليم الى المتولى جاز عنده ابتداء شرط التولية الى نفسه واذا ولى غيره كان وكيلا عنه فله عزله واذا مات الواقف بطلت ولايته ومحمد لما شرطه انعكست الاحكام عنده كما قدمناه والكلام هنا فى الناظر يقع فى مواضع الاول فى أهله وفيه بيان عزله وعزل أرباب الوظائف الثانى فى الناظر بالشرط الثالث فى الناظر من القاضى الرابع فى تصرفاته وفيه بيان ما عليه من العمل وماله من الاجرة أما الاول فقال فى فتح القدير الصالح للنظر من لم يسأل الولاية للوقف وليس فيه فسق يعرف قال وصرح بانه مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشربه الخمر ونحوه اهـ وفى الاسعاف لا يولى الا أمين قادر بنفسه او بنائبه لان الولاية مقيدة بشرط النظر وليس من النظر تولية الخائن لانه يخل بالمقصود وكذا تولية العاجز لان المقصود لا يحصل به ويستوى فيه الذكر والانثى وكذا الاعمى والبصير وكذا المحدود فى قذف اذا تاب لانه أمين رجل طلب التولية على الوقف قالوا لا يعطى له وهو كمن طلب القضاء لا يقلد اهـ والظاهر انها شرائط الاولوية لا شرائط الصحة وان الناظر اذا فسق استحق العزل ولا ينعزل لان القضاء أشرف من التولية ويحتاط فيه أكثر من التولية والعدالة فيه شرط الاولوية حتى يصح تقليد الفاسق واذا فسق القاضى لا ينعزل على الصحيح المفتى به فكذا الناظر ويقرأ يخرج فى عبارة ابن الهمام بالبناء للمجهول أى يجب اخراجه ولا ينعزل ويشترط للصحة بلوغه وعقله لما فى الاسعاف ولو أوصى الى صبى تبطل فى القياس مطلقا وفى الاستحسان هى باطلة ما دام صغيرا فاذا كبر تكون

(قوله وأما عزله فقدمنا الخ) قال الرملي سيأتي أن للقاضي عزل منصوب قاض آخر بلا جنحة اذا رأى المصلحة اهـ فانظره قريبا في كلام هذا الشارح (قوله وأما عزل القاضي له الخ) سيأتي تمام الكلام عليه قبيل ٢٤٥ الموضع الرابع (قوله اذا قرر فراشا في المسجد الخ) قال الرملي هذا اذا لم يقل وقفت على مصالحه فكل ما هو من مصالحه يفعله القاضي ولنا كتابة حسنة على الاشباه والنظائر في هذه المسئلة فراجعها ان شئت (قوله واستفيد منه الخ) في حاشية الاشباه للسيد أبي السعود واعلم أن عدم جواز الاحداث يعني في الاوقاف الحقيقية مقيد بعدم الضرورة كما في فتاوى الشيخ قاسم أما ما دعت اليه الضرورة واقتضته المصلحة كخدامة الربعة الشريفة وقراءة العشر والجباية وشهادة الديوان فيرفع الى القاضي ويثبت عنده الحاجة فيقرر من يصلح لذلك ويقدر له أجر مثله أو يأذن للناظر في ذلك قال الشيخ قاسم والنص في مثل هذا في الفتاوى الولوالجية كذا بخط شيخنا اهـ (قوله واستفيد من عدم صحة عزل الناظر الخ) أي المشروط له النظر بخلاف الناظر الذي ولاه القاضي فان له عزله كما سيأتي في الموضع الثالث ويأتي تقييده أيضا بما اذا رأى المصلحة وان له عزل من ولاه قاض آخر للمصلحة (قوله واذا زاد كان لغيره أخذ حجرته ووظيفته الخ) قال الرملي كل هذا اذا لم ينصب نائبا ينوب عنه أما اذا نصب نائبا يباشر عنه فليس لغيره أخذ حجرته ووظيفته

الولاية له وحكم من لم يخلق من ولده ونسله في الولاية كحكم الصغير قياسا واستحسانا اهـ ولا تشترط الحرية والاسلام للصحة لما في الاسعاف ولو كان ولده عبدا يجوز قياسا واستحسانا لاهليته في ذاته بدليل ان تصرفه الموقوف لحق المولى ينفذ عليه بعد العتق لزوال المانع بخلاف الصبي والذمي في الحكم كالعبد فلو أخرجهما القاضي ثم أعتق العبد وأسلم الذمي لا تعود الولاية اليهما اهـ وأما عزله فقدمنا ان أبا يوسف جوز عزله للواقف بغير جنحة وشرط لانه وكيله وخالفه محمد وأما عزل القاضي له فشرطه أن يكون بجنحة قال في الاسعاف ولو جعلها للموقوف عليه ولم يكن أهلا أخرجه القاضي وان كانت الغلة له وولى غيره مأمونا لان مرجع الوقف للمساكين وغير المأمون لا يؤمن عليه من تخريب أو بيع فيمتنع وصوله اليهم ولو أوصى الواقف الى جماعة وكان بعضهم غير مأمون بدله القاضي بمأمون وان رأى اقامة واحد منهم مقامه فلا بأس به اهـ وفي جامع الفصولين من الثالث عشر القاضي لا يملك نصب وصي وقيم مع بقاء وصي الميت وقيمه الا عند ظهور الخيانة منهما ومن الفصل الاول معزيا الى فوائد شيخ الاسلام برهان الدين شرط الواقف أن يكون المتولي من أولاده وأولاد أولاده هل للقاضي أن يولي غيره بلا خيانة ولو ولاه هل يصير متوليا قال لا اهـ فقد أفاد حرمة تولية غيره وعدم صحتها لو فعل وفي القنية نصب القاضي قيما آخر لا ينعزل الاول ان كان منصوب الواقف اهـ والحاصل ان تصرف القاضي في الاوقاف مقيد بالمصلحة لا انه يتصرف كيف شاء فلو فعل ما يخالف شرط الواقف فانه لا يصح الا لمصلحة ظاهرة ولذا قال في الذخيرة وغيرها القاضي اذا قرر فراشا في المسجد بغير شرط الواقف وجعل له معلوما فانه لا يحل للقاضي ذلك ولا يحل للفراش تناول المعلوم اهـ فان قلت في تقرير الفراش مصلحة قلت يمكن خدمة المسجد بدون تقريره بان يستأجر المتولي فراشا له والممنوع تقريره في وظيفة تكون حقا له ولذا صرح قاضيخان بان للمتولي أن يستأجر خادما للمسجد باجرة المثل واستفيد منه عدم صحة تقرير القاضي في بقية الوظائف بغير شرط الواقف كشهادة ومباشرة وطلب بالاولى وحرمة المرتبات بالاوقاف بالاولى واستفيد من عدم صحة عزل الناظر بغير جنحة عدمها لصاحب وظيفة في وقف ويدل عليه أيضا ما في البزازية وغيرها غاب المتعلم عن البلد أياما ثم رجع وطلب وظيفته فان خرج مسيرة سفر ليس له طلب ما مضى وكذا اذا خرج وأقام خمسة عشر يوما وان أقل من ذلك لامر لا بد له منه كطلب القوت والرزق فهو عفو ولا يحل لغيره أن يأخذ حجرته وتبقى حجرته ووظيفته على حالها اذا كانت غيبته مقدار شهر الى ثلاثة أشهر فاذا زاد كان لغيره أخذ حجرته ووظيفته وان كان في المصر ولا يختلف للتعلم فان اشتغل بشيء من الكتابة المحتاج اليها كالعلوم الشرعية تحل له الوظيفة وان لعمل آخر لا تحل له ويجوز أن تؤخذ حجرته ووظيفته اهـ لقوله ولا يحل لغيره أن يأخذ حجرته ووظيفته فاذا حرم الاخذ مع الغيبة فكيف مع الحضرة والمباشرة فلا يحل عزل القاضي لصاحب وظيفة بغير جنحة وعدم أهلية ولو فعل لم يصح واستفيد من البزازية جواز اخراج الوظائف بحكم الشغور لقوله وان لعمل آخر لا تحل ويجوز أخذ وظيفته وحجرته وان الشغور انما هو بخروجه عن المصر واقامته زائدا على ثلاثة أشهر أو بترك المباشرة وهو في المصر بشرط أن يشتغل بعمل آخر وذكر ابن وهبان في شرح المنظومة ان في قوله

ليس له أن يطلب الوظيفة اشارة الى انه لا ينعزل منها وفي قوله لا يؤخذ بيده ان غاب أقل من ثلاثة أشهر اشارة الى انه يؤخذ اذا كان أكثر وكذا ينبغي أن تؤخذ الوظيفة أيضا لاسيما اذا كان مدرسا اذ المقصود يقوم به بخلاف الطالب فان الدرس يقوم بغيره قال ابن الشحنة في شرح المنظومة وهذا يدل على انه فهم من الوظيفة ما هو المتعارف في زماننا وليس هو المراد بل المراد بالوظيفة ما يخصه من ريع وقف المدرسة فان أصل المسئلة في قاضيخان في الوقف على ساكني دار المختلفة فالمراد سقوط سهمه فيعطى لذلك ثم انه قال ينبغي أن تكون الغيبة المسقطة للمعلوم المقتضية للعزل في غير فرض كالحج وصلة الرحم وأما فيهما فلا يستحق العزل ولا يأخذ المعلوم وهذا كله مفهوم من عبارة قاضيخان لا يقال فيه ينبغي بل هو مفهوم عبارة الاصحاب وهذا كله فيما اذا كان الوقف على ساكني دار المختلفة أما اذا شرط الواقف في ذلك كله شروطا اتبعت اه والله أعلم وبهذا ظهر غلط من يستدل من المدرسين أو الطلبة بما في الفتاوى على استحقاقه المعلوم بلا حضور الدرس لاشتغاله بالعلم في غير تلك المدرسة فان الواقف اذا شرط على المدرسين والطلبة حضور الدرس في المدرسة أياما معلومة في كل جمعة فانه لا يستحق المعلوم الا من باشر خصوصا اذا قال الواقف ان من غاب عن المدرسة يقطع معلومه فانه يجب اتباعه ولا يجوز للناظر الصرف اليه زمن غيبته وعلى هذا لو شرط الواقف أن من زادت غيبته على كذا أخرجه الناظر وقرر غيره اتبع شرطه فلو لم يعزله الناظر وباشر لا يستحق المعلوم فان قلت اذا كان له درس في جامع ولازمه بنية أن يكون عما عليه في مدرسة هل يستحق معلوم المدرسة قلت لا يستحق الا اذا باشر في المكان المعين بكتاب الوقف لقوله في شرح المنظومة أما لو شرط الواقف في ذلك شروطا اتبعت فان قلت قال في القنية وقف وشرط أن يقرأ عند قبره فالتعيين باطل وصرحوا في الوصايا بانه لو أوصى بشئ لمن يقرأ عند قبره فالوصية باطلة فدل على ان المكان لا يتعين وبه تمسك بعض الحنفية من أهل العصر قلت لا يدل لان صاحب الاختيار علله بان أخذ شئ للقراءة لا يجوز لانه كالاجرة فأفاد انه مبني على غير المفتى به فان المفتى به جواز الاخذ على القراءة فيتعين المكان والذي ظهر لي انه مبني على قول أبي حنيفة بكراهة القراءة عند القبر فلذا يبطل التعيين والفتوى على قول محمد من عدم كراهة القراءة عنده كما في الخلاصة فيلزم التعيين وقد سمعت بعض المدرسين من الحنفية يتمسك على عدم تعيين المكان بقولهم لو نذر الصلاة في الحرم لا يتعين المكان فكذا اذا عينه الواقف وهذه غفلة عظيمة لان الناذر لو عين فقيرا لا يتعين والواقف لو عين انسانا للصرف تعين حتى لو صرف الناظر لغيره كان ضامنا فكيف يقاس الوقف على النذر فان قلت قد قدمت عن الخلاصة انه لو وقف مصحفا على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد فهذا يدل على عدم تعيين المكان قلت ليس فيه انه شرط أن يقرأ فيه في ذلك المسجد وانما أطلق وكلامنا عند الاشتراط وفي القنية سبل مصحفا في مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه الى آخر من غير أهل تلك المحلة للقراءة اه فهذا يدل على تعين المحلة وأهلها فان قلت ما يأخذه صاحب الوظيفة أجرة أو صدقة أو صلة قلت قال الطرسوسي في أنفع الوسائل ان فيه شوب الاجرة والصلة والصدقة فاعتبرنا شائبة الاجرة في اعتبار زمن المباشرة وما يقابله من المعلوم واعتبرنا شائبة الصلة بالنظر الى المدرس اذا قبض معلومه ومات أو عزل في أنه لا يسترد منه حصة ما بقي من السنة واعتبرنا شائبة الصدقة في تصحيح أصل الوقف فان الوقف لا يصح على الاغنياء ابتداء لانه لا بد فيه من ابتداء قربة ولا يكون الا بملاحظة جانب الصدقة ثم قال قبله ان المأخوذ في معنى الاجرة والا لما جاز للغني فاذا

(قوله قلت لا يدل الخ) قال الرملي أقول المفتى به جواز الاخذ استحسانا على تعليم القرآن لا على القراءة المجردة كما صرح به في التتارخانية حيث قال لا معنى لهذه الوصية ولصلة القارئ بقراءته لان هذا بمنزلة الاجرة والاجارة في ذلك باطلة وهي بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء وقد ذكرنا مسئلة قراءة القرآن على استحسان اه يعني للضرورة ولا ضرورة في الاستئجار على القراءة على القبر وفي الزيلعي وكثير من الكتب لو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب القرآن فأفتوا بجوازه لذلك ورأوه حسنا فتنبه اه قلت وهذا هو الموافق لتعليل الاختيار فقوله فان المفتى به جواز الاخذ على القراءة ليس في محله لان المفتى به جوازه على التعليم لا على القراءة المجردة كما مر وبهذا تعلم حكم ما اعتيد في زماننا مما يأخذونه على الذكر والقراءة في التهاليل والختومة مع قطع النظر عن كونه

في بيت اليتامى ومن مالهم عند عدم الوصية ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم وقد ذكر ذلك العلامة الرملي في وصايا فتاواه المشهورة حيث أفتى ببطلان الوصية لمن يقرأ ويهدي ثواب ذلك الى روح الموصي وكذلك العلامة البركوي صرح ببطلان ذلك في آخر الطريقة المحمدية (قوله ولا يعتبر في حقه ماقدمناه الخ) يوضح ذلك ما في الفتاوى الخيرية سئل فيما اذا مات المدرس بعد تمام سنة مدرسا هل يستحق ماهو المشروط في وظيفة التدريس أم لا أجاب نعم يستحق المشروط بعمله كما صرح به في أنفع الوسائل وتبعه في الاشباه والنظائر قال في أنفع الوسائل بعد نقول رمزلها صاحب القنية فهذه الفروع التي ذكرها صاحب القنية فيها ماهو صريح وذلك أن المدرس والامام والمؤذن لا يعتبر في حقهم وقت خروج الغلة وماذاك الالان لهذه الوظائف شوب الاجارة وذلك لان المدرس يتردد الى مكان معين ويقرأ ويفيد الطلبة ويهدي ثواب قراءته الى الواقف وكذا الفقيه والامام وهذا كله ليس بواجب عليه فعله فكان القدر الذي يتناوله من الوقف الذي هو في مقابلة هذا العمل ٢٤٧ في معنى الاجرة وقال في الاشباه فاذا مات المدرس في أثناء السنة مثلا قبل مجيء الغلة وقبل ظهورها وقد باشر مدة ثم مات أو عزل ينبغي أن ينظر وقت قسمة الغلة الى مدة مباشرته والى مباشرة من جاء بعده ويبسط المعلوم على المدرسين وينظر كم يكون للمدرس المنفصل والمتصل فيعطى بحسابه مدته ولا يعتبر في حقه زمان الغلة وادراكها كما اعتبر في حق الاولاد في الوقف بل يفترق الحكم بينهم وبين المدرس والفقيه وصاحب وظيفة ما وهذا هو الاشبه بالفقه والاعدل كذا حرره الطرسوسي في أنفع الوسائل والله تعالى أعلم اهـ ما في الخيرية وفيها سئل في كرم موقوف على أولاد الواقف مات ولد منهم بعد خروج زهره وصيرورته حصرما هل حصته ميراث عنه أم لمن آل اليه الوقف بعده أجاب هي ميراث عنه لان المراد بطلوع الغلة أو خروجها أو مجيئها في كلامهم صيرورتها ذات قيمة كما صرح به في أنفع الوسائل ولا شك أن الحصرم له قيمة وقد صرحوا بانه اذا مات بعد خروج الغلة فحصته ميراث عنه بل صريح كلامه في أنفع الوسائل أنه ميراث ولو لم يبد صلاحه قاله بعد كلام كثير فعلى هذا يحمل كلام هلال يوم تجيء الغلة وتأتي الغلة على ظهور الزرع من الارض والزهر من الغصون لان له قيمة في الجملة كما قالوا في جواز بيع مالم يبد صلاحه اهـ والله أعلم قلت وبهذا تعلم عدم صحة ما بحث المؤلف في الجهاد في باب الغنائم من أنه ان خرجت الغلة وأحرزها الناظر قبل القسمة يورث نصيب المستحق لتأكد الحق فيه وان قبل الاحراز في يد المتولي لا يورث قياسا على الغنيمة فانها اذا أخرجت الى دار الاسلام ومات أحد المقاتلين يورث نصيبه وان مات قبل ذلك لا يورث وظاهره أيضا عدم الفرق بين كون المستحق مثل المدرس والامام أو من الاولاد وقد علمت

مات المدرس في أثناء السنة قبل مجيء الغلة وقبل ظهورها من الارض وقد باشر مدة ثم مات او عزل ينبغي أن ينظر وقت قسمة الغلة الى مدة مباشرته والى مباشرة من جاء بعده ويبسط المعلوم على المدرسين وينظر كم يكون منه للمدرس المنفصل والمتصل فيعطى بحسابه مدته ولا يعتبر في حقه ما قدمناه في اعتبار زمن مجيء الغلة وادراكها كما اعتبر في حق الاولاد في الوقف عليهم بل يفترق الحكم بينهم وبين المدرس والفقيه وصاحب وظيفة ما في جهات البر وهذا هو الاشبه بالفقه والاعدل الى آخره وقد كثر وقوع هذه الحادثة بالقاهرة فافتى بعض الحنفية بما قالوه في حق الاولاد من اعتبار مجيء الغلة حتى ان بعضهم يفرغ عن وظيفته قبل مجيء الغلة بشهر أو جمعة وقد كان باشر غالب السنة فينازعه المنزول له ويتمسك بما ذكرنا وليس بصحيح لما علمته من كلام الطرسوسي من قسمته المعلوم بينهما بقدر المباشرة ولكن بالقاهرة انما تعتبر الاقساط فانهم يؤجرون الاوقاف باجرة تستحق على ثلاثة أقساط كما نبه عليه في فتح القدير فيقسم القسط بينهما بقدر المباشرة فان قلت قال ابن الشحنة معزيا الى التعليقة في المسائل الدقيقة لابن الصائغ وهو بخطه قال وما يأخذه الفقهاء من المدارس ليس باجرة لعدم شروط الاجارة ولا صدقة لان الغني يأخذها بل اعانة لهم على حبس أنفسهم للاشتغال حتى لو لم يحضروا الدرس بسبب اشتغال وتعليق جاز أخذهم الجامكية ولم يعزها الى كتاب لكن فيما تقدم قريبا عن قاضيخان ما يشهد له حيث قال بان الكتابة من جملة التعلم قلت هو محمول على الاوقاف على الفقهاء من غير اشتراط حضور درس أياما معينة على ما قدمناه عن ابن الشحنة ولذا قال في القنية الاوقاف ببخارى على العلماء لا يعرف من الواقف شيء غير ذلك فللقيم ان يفضل البعض ويحرم البعض اذا لم يكن الوقف على قوم يحصون وكذا الوقف على الذين يختلفون الى هذه المدرسة أو على متعلمي هذه المدرسة أو على علمائها يجوز للقيم ان يفضل البعض ويحرم البعض ان لم يبين الواقف ما يعطي كل واحد منهم ثم رقم الاوقاف المطلقة على الفقهاء قيل الترجيح

الفرق بينهما (قوله قلت ان قوله الخ) أقول في حواشي الاشباه للحموي ما قاله الطرسوسي قول المتأخرين وأما قول المتقدمين فالمعتبر وقت الحصاد فمن كان يباشر الوظيفة وقت الحصاد استحق ومن لا فلا وقد كتب المولى أبو السعود مفتي السلطنة السليمانية رسالة في هذا وحاصلها أن المتقدمين يعتبرون وقت الحصاد والمتأخرين يعتبرون زمن المباشرة والتوزيع (قوله قلت لم أر فيها نقلا الخ) قال العلامة البيري في شرحه على الاشباه والنظائر رأيت بخط العلامة الشيخ محمد بدر الدين الشهاوي الحنفي المصري وتجوز الاستنابة وبذلك جرت العادة في الاعصار والامصار وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ويشهد لذلك ما ذكر في القنية والخلاصة وفتاوى

الصيرفية وغيرها قال في القنية استخلاف الامام في المسجد خليفة ليؤم في زمان غيبته لا يستحق الخليفة من أوقاف الامام شيأ ان كان الامام أم أكثر السنة اه وقال في الخلاصة امام الجامع له أن يستخلف وان لم يؤذن له في الاستخلاف اه وعبارة الصيرفية في الكراهية ما نصه حانوت وقف على امام المسجد وغاب ثلاثة أشهر وخلف خليفة يؤمهم ثم حضر فاجرة الحانوت في تلك المدة التي غاب يجوز أخذها أم لا قال يجوز ان كان هو أو رجل آخر أجر الحانوت بأمره ولكن سبيله التصدق احتياطا اه فاستفدنا من منطوق القنية أن الاستنابة جائزة ومن مفهومه أن الغائب يستحق المعلوم وان لم يكن المستنيب أم أكثر السنة ومن عبارة الخلاصة جواز الاستنابة مطلقا ومن عبارة الصيرفية جوازها وأخذ الاجرة بشرط أن يكون المستنيب أو رجل آخر أجر الحانوت بأمره اه (قوله والاماذكره في القنية) معطوف على قوله الاماذكره الطرسوسي قال الرملي وفي القنية في باب الامامة امام يترك الامامة لزيارة أقربائه في الرساتيق أسبوعا أو نحوه أو لمصيبة أو لاستراحة لا بأس به ومثله عفو في العادة والشرع اه وقد نقله عنه الشارح في الاشباه في بحث العادة محكمة والحاصل أن مقتضى كلام الخصاف يخالف مقتضى كلام القنية وأنت على علم أن كلامه لا يصادم كلام الخصاف ولذلك نص ابن وهبان أنه يسقط معلوم من حج مدة غيبته تأمل اه قلت قد يقال ان كلام الخصاف في القيم اذا أصابه شئ من تلك الآفات التي تمنعه عن القيام بما نصب لاجله بالكلية

بالحاجة وقيل بالفضل اه فان قلت كيف فرق الطرسوسي بين الاولاد وبين أرباب الوظائف وصريح ما في الفتاوى يخالفه قال في البزازية امام المسجد رفع الغلة وذهب قبل مضي السنة لا يسترد منه غلة بعض السنة والعبرة لوقت الحصاد فان كان يؤم في المسجد وقت الحصاد يستحقه وصار كالجزية وموت الحاكم في خلال السنة وكذا حكم الطلبة في المدارس اه قلت ان قوله والعبرة لوقت الحصاد انما هو فيما اذا قبض معلوم السنة بتمامها وذهب قبل مضيها الا استحقاقه من غير قبض مع انه في القنية نقل عن بعض الكتب انه ينبغي ان يسترد من الامام حصة ما لم يؤم فيه اه فان قلت هل تجوز النيابة في الوظائف مطلقا أو بعذر أم لا مطلقا قلت لم أر فيها نقلا عن أصحابنا الا ما ذكره الطرسوسي في أنفع الوسائل فهما من كلام الخصاف فانه قال قلت أرأيت ان حلت بهذا القيم آفة من الآفات مثل الخرس والعمى وذهاب العقل والفالج واشباه ذلك هل يكون له الاجر قائما أم لا قال اذا حل به من ذلك شئ يمكنه معه الكلام والامر والنهي فالاجر له قائم وان كان لا يمكنه معه الكلام والامر والنهي والاخذ والاعطا لم يكن له من هذا الاجر شئ اه قال الطرسوسي فاستنبطنا منه جواب مسئلة واقعة وهي ان المدرس أو الفقيه أو المعيد أو الامام أو من كان مباشرا شيأ من وظائف المدارس اذا مرض أو حج وحصل له ما يمنعه عن المباشرة هل يستحق المعلوم ... الناس عذرا شرعيا على اصطلاحهم المتعارف بين الفقهاء انه لا يحرم مرسومه المعين بل يصرف اليه ولا تكتب عليه غيبة ومقتضى ما ذكره الخصاف انه لا يستحق شيأ من المعلوم مدة ذلك العذر فالمدرس اذا مرض أو الفقيه أو أحد من أرباب الوظائف فانه على ما قال الخصاف ان أمكنه ان يباشر ذلك استحق وان كان لا يمكنه ان يباشر ذلك لا يستحق شيأ من المعلوم وما جعل هذه العوارض عذرا في عدم منعه عن معلومه المقرر له بل أدار الحكم في المعلوم على نفس المباشرة فان وجدت استحق المعلوم وان لم توجد لا يكون له معلوم وهذا هو الفقه واستخرجنا أيضا من هذا البحث والتقرير جواب مسئلة أخرى وهي ان الاستنابة لا تجوز سواء كان لعذر أو لغير عذر فان الخصاف لم يجعل له ان يستنيب مع قيام الاعذار التي ذكرها ولو كانت الاستنابة تجوز كان قال ويجعل له من يقوم مقامه الى ان يزول عذره وهذا أيضا ظاهر الدليل وهو فقه حسن اه وقدمنا عن ابن وهبان انه اذا سافر للحج أو صلة الرحم لا ينعزل ولا يستحق المعلوم مع انهما فرضان عليه والا ما ذكره في القنية استخلف الامام خليفة في

المسجد

وما في القنية ليس كذلك وقد مر عن البزازية أنه لو خرج أقل من خمسة عشر يوما من غير سفر لأمر لا بد له منه فهو عفو وتأمل ثم ان ما القنية المذكور في الأشباه حمله الشيخ ابراهيم الحلبي في شرح منية المصلي على ما اذا كان الترك المذكور في سنة خلافا لما ذكر المؤلف في الأشباه من قوله يسامح في كل شهر أسبوعا الخ اذ ليس في القنية ما يفيده (قوله وحاصله أن النائب لا يستحق الخ أقول قال العلامة البيري بعد العبارة التي نقلناها عنه آنفا ما نصه وسئل مفتي الروم مولانا العلامة أبو السعود العمادي رحمه الله تعالى عن الاستنابة فأجاب الاستنابة ان كانت فيما لا يقبلها أصلا كطلب العلم واقرائه فلا يشتبه بطلانها على أحد وان كانت فيما يقبلها كالتدريس والافتاء ونظائرهما فان كانت بعذر شرعي وكان النائب في اقامة الخدم مثل الأصيل وخيرا منه فهي جائزة الى أن يزول ما اعتراه من العذر خلا أن المعلوم بتمامه يكون للنائب ليس ٢٤٩ للأصيل معه شيء الا أن يتبرع به النائب

المسجد ليؤم فيه زمان غيبته لا يستحق الخليفة من أوقاف الامامة شيأ ان كان الامام أم أكثر السنة اهـ وحاصله ان النائب لا يستحق من الوقف شيأ لان الاستحقاق بالتقرير ولم يوجد ولا يستحق الأصيل الكل ان عمل أكثر السنة وسكت عما يعينه الأصيل للنائب كل شهر في مقابلة عمله هل يستحقه النائب عليه أولا والظاهر انه يستحقه لانها اجارة وقد وفى العمل بناء على قول المتأخرين المفتى به من جواز الاستئجار على الامامة والتدريس وتعليم القرآن وعلى هذا اذا لم يعمل الأصيل وعمل النائب كانت الوظيفة شاغرة ولا يجوز للناظر الصرف الى واحد منهما ويجوز للقاضي عزله وعمل الناس بالقاهرة على جواز الاستنابات في الوظائف وعدم اعتبارها شاغرة مع وجود النيابة ثم رأيت في الخلاصة من كتاب القضاء ان الامام يجوز استخلافه بلا اذن بخلاف القاضي وعلى هذا لا تكون وظيفته شاغرة وتصح النيابة ومما يرد على الطرسوسي ان الخصاف صرح بان للقيم ان يوكل وكيلا يقوم مقامه وله ان يجعل له من معلومه شيأ وكذا في الاسعاف وهذا كالتصريح بجواز الاستنابة لان النائب وكيل بالأجرة كما لا يخفى فالذي تحرر جواز الاستنابة في الوظائف فان قلت هل للناظر قطع معلوم صاحب الوظيفة بقول كاتب الغيبة وحده مع دعوى المستحق حضوره قلت لم أرها نقلا لأصحابنا والذي ذكره الامام السبكي في فتاواه انه لا يجوز القطع بقول كاتب الغيبة وحده وصرح بانه لا يحل لكاتب الغيبة ان يكتب عليه حتى يعلم ان غيبته كانت لغير عذر لكن هذا مبني على مذهبه من ان الغيبة لعذر لا توجب الحرمان وأما على ما قدمناه من عدم الاستحقاق فلا وسيأتي شيء من أحكام الوظائف في بيان تصرفات الناظر ان شاء الله تعالى الموضع الثاني في الناظر بالشرط قدمنا ان الولاية للواقف ثابتة مدة حياته وان لم يشترطها وان له عزل المتولي وان من ولاه لا يكون له النظر بعد موته الا بالشرط على قول أبي يوسف ولو نصب الواقف عند موته وصيا ولم يذكر من أمور الوقف شيأ تكون ولاية الوقف الى الوصي ولو جعله وصيا في أمر الوقف فقط كان وصيا في الأشياء كلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وهلال وليس لأحد الناظرين التصرف بغير

عن طيب نفس منه ورضا كان لا يحوم حوله شيء من الخوف والحياء وهما اهـ وأفتى شيخ مشايخنا القاضي علي بن جار الله الحنفي بجواز النيابة بشرط العذر الشرعي أقول والحق التفصيل كما أفتى به مولانا أبو السعود والله أعلم اهـ كلام البيري رحمه الله تعالى فتأمل وقد أفتى الشيخ خير الدين الرملي بما ذكره المؤلف هنا (قوله وعلى هذا) قال الرملي أي على القول بعدم جواز الاستنابة (قوله للقيم أن يوكل وكيلا الخ) قال الرملي سيأتي أيضا مسئلة توكيل القيم في آخر شرح هذه المقولة اهـ وقال في فتاواه الخيرية بعد نقل حاصل كلام المؤلف هنا والمسئلة وضع فيها رسائل ويجب العمل بما عليه الناس وخصوصا مع قيام العذر وعلى ذلك جميع المعلوم للمستنيب وليس للنائب الا الأجرة التي استأجره بها في مدة نيابته عنه لا غير واستحقاقه الأجرة لكونه وفى العمل الذي استأجره عليه فيها وذلك بناء على ما قاله المتأخرون وعليه الفتوى أن الاستئجار على الامامة والتدريس وتعليم القرآن جائز اهـ (قوله لم أرها نقلا لأصحابنا الخ) تقدم أن الناظر لو أنكر ملازمته فالقول قول المدرس بيمينه وكذا لو مات واختلف مع ورثته فالقول للورثة مع يمينهم وكذا كل وظيفة القول قوله بيمينه في المباشرة الى آخر ما قدمناه عن الرملي في المسئلة السادسة من المسائل العشرين (قوله قدمنا) أي قبل ثلاثة أوراق (قوله وقال أبو يوسف يجوز) قال في أنفع الوسائل وينبغي أن يكون الفتوى عليه اما لانه أخذ بالاستحسان والأصل أنه مقدم على القياس الا في مسائل ليس هذه منها واما لان الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف ثم بحث أن ناظر الوقف كذلك وتمامه فيه فراجعه

رأى الآخر وعلى قياس قول أبي يوسف يجوز ولو أوصى أحدهما الآخر عند موته كان للباقي الانفراد ولو شرط ان لا يوصي به المتولي عند موته امتنع الايصاء ولو جعلها الرجلين فقبل أحدهما ورد الآخر ضم القاضي الى من قبل رجلا أو فوض للقابل بمفرده ولو جعلها لفلان الى ان يدرك ولدي فاذا أدرك كان شريكاله لا يجوز ما جعله لابنه في رواية الحسن وقال أبو يوسف يجوز ولو أوصى الى رجل بان يشتري بمال سماه أرضا ويجعلها وقفا سماه الله واشهد على وصيته بها ويكون متوليا وله الايصاء به لغيره ولو نصب متوليا على وقفه ثم وقف وقفا آخر ولم يجعل له متوليا لا يكون متولي الاول متوليا على الثاني الا بان يقول أنت وصيي ولو وقف أرضين وجعل لكل متوليا لا يشارك أحدهما الآخر ولو جعل ولاية وقفه لرجل ثم جعل رجلا آخر وصيه يكون شريكا للمتولي في أمر الوقف الا ان يقول وقفت أرضي على كذا وكذا وجعلت ولايتها لفلان وجعلت فلانا وصيا في تركاتي وجميع أموري فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض اليه كذا في الاسعاف ومنه يعلم جواب حادثة وجد مكتوب بان شهد أحدهما بان المتولي فلان وشهد الآخر بان المتولي رجل غيره والثاني متأخر التاريخ فاجبت بانهما يشتركان ولا يقال ان الثاني ناسخ كما تقدم عن الخصاف في الشرائط لانا نقول ان التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط لان له فيها التغيير والتبديل كلما بدا له من غير شرط في عقدة الوقف على قول أبي يوسف وأما باقي الشرائط فلا بد من ذكرها في أصل الوقف ثم قال في الاسعاف ولو جعل الولاية لافضل أولاده وكانوا في الفضل سواء تكون لاكبرهم سنا ذكرا كان أو أنثى ولو قال الافضل فالافضل من أولادي فابى أفضلهم القبول أو مات يكون لمن يليه فيه وهكذا على الترتيب كذا ذكر الخصاف وقال هلال القياس ان يدخل القاضي بدله رجلا ما كان حيا فاذا مات صارت الولاية الى الذي يليه في الفضل ولو كان الافضل غير موضع أقام القاضي رجلا يقوم بامر الوقف ما دام الافضل حيا فاذا مات ينتقل الى من يليه فيه فاذا صار أهلا بعد ذلك ترد الولاية اليه وهكذا الحكم لو لم يكن فيهم أحد أهلا لها فان القاضي يقيم أجنبيا الى ان يصير منهم أحد أهلا فترد اليه ولو صار المفضول من أولاده أفضل ممن كان أفضلهم تنتقل الولاية اليه بشرطه اياها الافضلهم فينظر في كل وقت الى أفضلهم كالوقف على الافقر فالافقر من ولده فانه يعطى الافقر منهم واذا صار غيره أفقر منه يعطى الثاني ويحرم الاول ولو جعلها لاثنين من أولاده وكان فيهم ذكر وأنثى صالحين للولاية تشاركه فيها لصدق الولد عليها أيضا بخلاف ما لو قال الرجلين من أولادي فانه لا حق لها حينئذ ولو جعلها لرجل ثم عند وفاته قال قد أوصيت الى فلان ورجعت عن كل وصية لي بطلت ولاية المتولي وصارت للوصي ولو قال رجعت عما أوصيت به ولم يوص الى أحد ينبغي للقاضي ان يولي غيره ممن يوثق به لبطلان الوصية برجوعه اه ما في الاسعاف وفي الظهيرية اذا شرطها الافضلهم واستوى اثنان في الديانة والسداد والفضل والرشاد فالاعلم بامر الوقف أولى ولو كان أحدهما أكثر ورعا وصلاحا والآخر أوفر علما بامور الوقف فالاوفر علما أولى بعد ان يكون بحال تؤمن خيانته وغائلته ولو جعل الولاية الى عبد الله حتى يقدم زيد كما قال فاذا قدم زيد فكلاهما واليان عند أبي حنيفة المتولي اذا أراد ان يفوض الى غيره عند الموت

(قوله فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض اليه) لعل وجهه ان أمر الوقف ليس من أمور الواقف فلا يشمله قوله في تركاتي وجميع أموري فكان تخصيصا بما ٢٥٠ عدا الوقف فلا يشاركه الاول بخلاف الصورة الاولى فان الوصاية فيها مطلقة تأمل (قوله كما تقدم عن الخصاف) أي قبل هذا بخمسة أوراق من أنه لو شرط أ لا تباع ثم قال في آخره على ان له الاستبدال كان له لان الثاني ناسخ للاول (قوله ولو كان الافضل غير موضع) أي غير قادر على التصرف في الوقف تأمل (قوله المتولي اذا أراد أن يفوض الى غيره الخ) قال الطرسوسي الذي ظهر لي أنه انما كان كذلك لان الوقف يبقى في حياة الواقف وبعد موته على حاله فاذا ولاه النظر بقي بالنظر الى أنه استفاد الولاية من الواقف كالوكيل عنه فيبطل بموته وله عزله كلما بدا له وبالنظر الى بقاء الذي وكله لاجله بعد موته وهو الموقوف جعل كالوصي حتى كان له أن يسنده عند موته فعملنا بالشبهين وقلنا انه ليس له أن يفوض النظر في حياته كالوكيل وعند موته قلنا له ذلك كالوصي لمشابهته الوكيل من وجه والوصي من وجه وأما قوله الا اذا كان التفويض اليه على سبيل العموم هذا الاستثناء مخصوص بالاخير وهو التفويض في حال الحياة بمعنى أنه ولاه وأقامه مقام نفسه وجعل له أن يسنده ويوصي به الى من شاء ففي هذه الصورة يجوز التفويض منه في حال الحياة وفي حالة المرض المتصل بالموت ان

(قوله ولا يجعله من الاجانب الخ) هذا على وجه الافضلية لما فى الفتاوى الهندية عن التهذيب الواقف جعل للوقف قيما فلو مات القيم له أن ينصب آخر وبعد موته للقاضى أن ينصب والافضل أن ينصب من أولاد الموقوف عليه أو أقاربه مادام يوجد منهم أحد يصلح لذلك اهـ تامل ولا ينافى هذا ما قدمه المؤلف فى أوائل الموضع الاول عن جامع الفصولين من أنه لو شرط الواقف كون المتولى من أولاده وأولادهم ليس للقاضى أن يولى غيرهم بلا خيانة ولو فعل لا يصير متوليا اهـ لانه فيما اذا شرط الواقف وهنا عند عدم الشرط وقد خفى هذا على الرملى فى فتاواه (قوله اذا كان الواقف شرط التقرير للمتولى) قال الرملى بخلاف ما لو لم يشرطه كما يفهم من الشرط وقد تقرر أنه يعمل بمفاهيم التصانيف لانه تصرف فى الموقوف عليهم بغير شرط له فلا يملكه فلم يدخل فى قولهم الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة فتامل (قوله وفى فتح القدير وغيره الخ) قال الرملى الظاهر من هذا أنه لو لم يكن بان ولا أحد من ولده وعشيرته كما سيصرح به قريبا فاهل المحلة أولى بنصبهما (قوله وههنا تنبيه لابد منه الخ) قال الرملى أقول وفى فتاوى شيخنا محمد بن سراج الدين الحانوتى سؤال فى قولهم ان الاستبدال انما يكون من القاضى حيث لم يكن هناك شرط واقف هل المراد قاضى القضاة أم لا يختص به وهل يشترط أن يكون كتب فى منشوره ذلك أم لا الجواب لم نر من قيد باشتراط أن يكون فى منشوره كما قيدوا به فى ولاية انكاح الصغائر وفى الاستخلاف فينبغى أن يعمل بالاطلاق ومما يدل على عدم اختصاص قاضى القضاة بالاستبدال بل كما يكون منه يكون من نائبه أنه لا يجوز استخلافه لنائبه الا ان فوض اليه ذلك من السلطان وحيث فوض اليه ذلك كانت ولاية نائبه مستندة الى اذن السلطان فيكون قائما مقام مستنيبه الذى هو قاضى القضاة كما صرحوا به فى الاستخلاف ولذا كان

ان كان الولاية بالايصاء يجوز واذا أراد أن يقيم غيره مقام نفسه فى حياته وصحته لا يجوز الا اذا كان التفويض اليه على سبيل التعميم اهـ فان قلت لو شرطه للرشيد الصالح من ولده فمن يستحقه قلت فسر الخصاف الصالح بمن كان مستورا ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة وكان مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الاذى قليل السوء ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفا بالكذب فهذا عندنا من أهل الصلاح وكذا اذا قال من أهل العفاف أو الفضل أو الخير فالكل سواء اهـ والظاهر ان الرشد صلاح المال وهو حسن التصرف الموضع الثالث فى الناظر المولى من القاضى ينصبه القاضى فى مواضع الاول اذا مات الواقف ولم يجعل ولايته الى أحد ولا يجعله من الاجانب مادام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك اما لانه أشفق أو لان من قصد الواقف نسبة الوقف اليهم وذلك فيما ذكرنا فان لم يجد فمن يصلح من الاجانب فان أقام أجنبيا ثم صار من ولده من يصلح صرفه اليه كذا فى الاسعاف الثانى اذا مات المتولى المشروط له بعد الواقف فان القاضى ينصب غيره وشرط فى المجتبى ان لا يكون المتولى أوصى به الى رجل عند موته فان كان أوصى لا ينصب القاضى وقيدنا بموته بعد الواقف لانه لو مات قبل الواقف قال فى المجتبى ولاية النصب الى الواقف وفى السير الكبير قال محمد النصب الى القاضى اهـ وفى الفتاوى الصغرى اذا مات المتولى والواقف حى فالرأى فى نصب قيم آخر الى الواقف لا الى القاضى فان كان الواقف ميتا فوصيه أولى من القاضى فان لم يكن أوصى الى أحد فالرأى فى ذلك الى القاضى اهـ فافاد ان ولاية القاضى متأخرة عن المشروط له ووصيه فيستفاد منه عدم صحة تقرير القاضى فى الوظائف فى الاوقاف اذا كان الواقف شرط التقرير للمتولى وهو خلاف الواقع فى القاهرة فى زماننا وقبله بيسير وفى فتح القدير وغيره وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر لاهل المحلة وليس البانى للمسجد أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف البانى أحق بنصبهما من غيره كالعمارة قال أبو الليث وبه نأخذ الا ان يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم ان يفعلوا ذلك اهـ وفى التتارخانية الوقف اذا كان على أرباب معلومين يحصى عددهم اذا نصبوا متوليا بدون استطلاع رأى القاضى يصح اذا كانوا من أهل الصلاح والمتقدمون قالوا الاولى ان يرفعوا الى القاضى ومشايخنا المتأخرون قالوا الاولى ان لا يرفعوا الى القاضى ثم قال فيها أيضا سئل شيخ الاسلام عن أهل مسجد اتفقوا على نصب رجل متوليا لمصالح المسجد فتولى ذلك باتفاقهم هل يصير متوليا ويطلق له التصرف فى مال المسجد كما لو قلده القاضى قال نعم قال ومشايخنا المتقدمون يجيبون عن هذه المسئلة ويقولون نعم والافضل ان يكون ذلك باذن القاضى ثم اتفق المشايخ المتأخرون واستاذونا ان الافضل ان ينصبوا متوليا ولا يعلموا القاضى فى زماننا لما عرف من طمع القضاة فى أموال الاوقاف اهـ وههنا تنبيه لابد منه وهو ما المراد بالقاضى

الذي يملك نصب الوصي والمتولي و يكون له النظر على الاوقاف قلت وهو قاضي القضاة لا كل قاض لما في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين لو كان الوصي أو المتولي من جهة الحاكم فالاوثق ان يكتب في الصكوك والسجلات وهو الوصي من جهة حاكم له ولاية نصب الوصي والتولية لانه لو اقتصر على قوله وهو الوصي من جهة الحاكم ربما يكون من حاكم ليس له ولاية نصب الوصي فان القاضي لا يملك نصب الوصي والمتولي الا اذا كان ذكر التصرف في الاوقاف والايتام منصوصا عليه في منشوره فصار كحكم نائب القاضي فانه لا بد فيه ان يذكروا ان فلانا القاضي مأذون بالانابة تحرزا عن هذا الوهم اه ولا شك ان قول السلطان جعلتك قاضي القضاة كالتنصيص على هذه الاشياء في المنشور كما صرح به في الخلاصة في مسئلة استخلاف القاضي وعلى هذا فقولهم في الاستدانة بامر القاضي المراد به قاضي القضاة وفي كل موضع ذكروا القاضي في أمور الاوقاف بخلاف قولهم واذا رفع اليه حكم قاض أمضاه فانه أعم كما لا يخفى الثالث اذا ظهرت خيانته فان القاضي يعزله وينصب أمينا قال في آخر أوقاف الخصاف ما تقول ان طعن عليه في الامانة فرأى الحاكم ان يدخل معه آخر أو يخرجه من يده و يصيره الى غيره قال أما اخراجه فليس ينبغي أن يكون الا بخيانة ظاهرة مبينة فاذا جاء من ذلك ما يصح واستحق اخراج الوقف من يده قطع عنه ما كان أجرى له الواقف وأما اذا أدخل معه رجلا في القيام بذلك فالاجر له قائم فان رأى الحاكم ان يجعل للرجل الذي أدخل معه شيأ من هذا المال فلا بأس بذلك وان كان المال الذي سمى له قليلا ضيقا فرأى الحاكم ان يجعل للرجل الذي أدخله معه رزقا من غلة الوقف فلا بأس بذلك و ينبغي للحاكم ان يقتصد فيما يجريه من ذلك ثم قال ما تقول ان كان الحاكم أخرجه من القيام بامر هذا الوقف وقطع عنه ما كان أجراه له الواقف ثم جاء حاكم آخر فتقدم اليه هذا الرجل وقال ان الحاكم الذي كان قبلك انما أخرجني من القيام بامر هذا الوقف بتحامل من قوم سعوا به اليه ولم يصح على شئ استحق به اخراجي من القيام بامر هذا الوقف قال أمور الحاكم عندنا انما تجري على الصحة والاستقامة ولا ينبغي للحاكم ان يقبل قول هذا الرجل فيما ادعاه على الحاكم المتقدم ولكن يقول صحح انك موضع للقيام بامر هذا الوقف أردك الى القيام بذلك فان صح عند هذا الحاكم انه موضع لذلك رده وأجرى ذلك المال له وكذلك لو ان الحاكم الذي كان أخرجه صح عنده انه بعد ذلك أناب و رجع عما كان عليه وصار موضعا للقيام به وجب ان يرده الى ذلك و يرد عليه المال الذي كان الواقف جعله له اه وقد علمت فيما سبق انه لو عزله بغير جنحة لا ينعزل فان قلت كيف يعيد الطالب للتولية بعد عزله اذا أناب ورجع مع قولهم طالب التولية لا يولى قلت محمول على طلبها ابتداء وأما طلب العود بعد العزل فلا جمعا بين كلامهم ومن الخيانة امتناعه من العمارة قال في الخصاف اذا امتنع

مفهوم كلامهم أن القاضي اذا شرط في منشوره تزويج الصغار والصغائر كان له ولاية ذلك ثم لمنصوبه فجعلوا اذن السلطان للقاضي في التزويج كافيا في مباشرته ومنصوبه كذلك لقيامه مقامه واذا جاز للنائب مباشرة الانكحة مع تنصيصهم أن يكون اشترط للقاضي في منشوره فكيف بغيره وعبارة ابن الهمام في ترتيب الاولياء في النكاح هكذا ثم السلطان ثم القاضي اذا شرط في عهده تزويج الصغائر والصغار ثم من نصبه القاضي فجعل الشرط أعني قوله الذي شرط في عهده الخ راجعا الى القاضي فقط ولم يجعل راجعا له ولمنصوبه حيث لم يؤخره عن ثم مانع قد وقع في عبارة بعضهم أنه أخر الشرط عن القاضي ومن نصبه فكانت عبارته محتملة لرجوعه الى القاضي لكونه الاصل أولهما اه لكن ذكر في الخيرية أول الوقف عبارة البحر المذكورة هنا ثم قال فهو صريح في أن نائب القاضي لا يملك ابطال الوقف وانما ذلك خاص بالاصل الذي ذكر له السلطان في منشوره نصب الولاة والاوصياء وفوض له أمور الاوقاف و ينبغي الاعتماد عليه وان بحث فيه شيخنا الشيخ محمد بن سراج الدين الحانوتي لما في اطلاق مثله للنواب في هذا الزمان من الاختلال والمسئلة لا نص فيها بخصوصها فيما اطلعنا عليه وكذلك فيما اطلع عليه شيخنا المذكور والشيخ زين صاحب البحر وانما استخرجها تفقها والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله من قلت محمول على طلبها ابتداء) قال في النهر الحق أن ما في الخصاف في المشروط له التولية بدليل قوله وجب عليه أن يعيده وقولهم طالب التولية لا يولى في غيره وبه عرف أن المشروط له النظر لو طلب من القاضي تقريره فيه أجابه فيه لانه انما يريد التنفيذ لا أصل التولية لانه مولى وهذا فقه حسن فاحفظه اه

(قوله لكن ظاهر ما في الذخيرة أنه لا بد الخ) قال في النهر والظاهر الاطلاق لما في القنية باع شيأ منه أو رهنه فهو خيانة (قوله وفي القنية قيم يخلط غلة الدهن الخ) قال الرملي يعني الغلة الموقوفة على شراء الدهن بالغلة الموقوفة على شراء البواري أي الحصر اه قلت وقد تقدم في المسئلة السادس عشرة عن الولوالجية مسجد له أوقاف مختلفة لا بأس للقيم أن يخلط غلتها كلها (قوله قلت نعم لان المقصود حصل الخ) سيأتي عند قول المتن وينزع لو خائنا أن عزل الخائن واجب على القاضي فينافي ما هنا وقد يقال ان المراد من عزله ازالة ضرره عن الوقف وذلك حاصل بضم ثقة اليه وقد أشار الى ذلك بقوله لان المقصود حصل (قوله وأما اذا أدخل معه رجلا الخ) قال الرملي وتقدم قريبا أنه اذا أدخل معه رجلا ورأى الحاكم أن يجعل له شيأ فلا بأس الخ (قوله ومن عزل نفسه الفراغ عن وظيفته لرجل الخ) قال الرملي فائدة أخذ السبكي من صحة خلع الاجنبي

من العمارة وله غلة أجبر عليها فان فعل فبها والا أخرجه من يده ومن الخيانة المجوزة لعزله أن يبيع الوقف أو بعضه لكن ظاهر ما في الذخيرة أنه لا بد من هدم المشتري البناء فانه قال واذا خربت أرض الوقف وأراد القيم أن يبيع بعضها منها ليرم الباقي ليس له ذلك فان باعه فهو باطل فان هدم المشتري البناء أو صرم النخل فينبغي للقاضي أن يخرج القيم عن هذا الوقف لانه صار خائنا ولا ينبغي للقاضي أن يأمن الخائن بل سبيله أن يعزله اه ثم قال بعده قرية وقف على أرباب معلومين في يد المتولي باع المتولي ورق أشجار التوت جاز لانه بمنزلة الغلة فلو أراد المشتري قطع قوائم الشجر يمنع لانها ليست بمبيعة ولو امتنع المتولي من منع المشتري عن قطع القوائم كان ذلك خيانة منه فاستفيد منه أنه اذا لم يمنع من يتلف شيأ للوقف كان خائنا ويعزل وفي القنية قيم يخلط غلة الدهن بغلة البواري فهو سارق خائن اه فاستفيد منه أنه اذا تصرف بما لا يجوز كان خائنا يستحق العزل وليقس ما لم يقل فان قلت اذا ثبتت خيانته هل للقاضي أن يضم اليه ثقة من غير أن يعزله قلت نعم لان المقصود حصل بضم الثقة اليه قال في القنية متولي الوقف باع شيأ منه أو أرضه فهو خيانة فيعزل أو يضم اليه ثقة اه ومن أحكام المتولي من القاضي ما في القنية للمتولي أن يوكل فيما فوض اليه ان عمم القاضي التفويض اليه والا فلا ولو مات القاضي أو عزل يبقى ما نصبه على حاله اه فان قلت ما حكم تولية القاضي الناظر حسبة مع وجود الناظر المشروط له قلت صحيحة اذا اشتكى الناظر أو ارتاب القاضي في أمانته لقول الخصاف كما نقلناه عنه وأما اذا أدخل معه رجلا الخ لا يأخذ من معلوم المتولي ولا من الوقف شيأ لانه انما ولاه القاضي حسبة أي بغير معلوم الرابع اذا عزل نفسه عند القاضي فانه ينصب غيره وهل ينعزل بعزل نفسه في غيبة القاضي الجواب لا ينعزل حتى يبلغ القاضي كما صرحوا به في الوصي والقاضي وظاهر كلامهم في كتاب القضاء أنه ينعزل اذا علم القاضي سواء عزله القاضي أو لم يعزله وفي القنية لو قال المتولي من جهة الواقف عزلت نفسي لا ينعزل الا أن يقول له أو للقاضي فيخرجه اه ومن عزل نفسه الفراغ عن وظيفة النظر لرجل عند القاضي وهل يجب على القاضي أن يقرر المنزول له

جواز بذل مال لمن بيده وظيفة يستنزله عنها لنفسه أو غيره ويحل له حينئذ أخذ العوض ويسقط حقه منها ويبقى الامر بعد ذلك لناظر الوظيفة يفعل ما تقتضيه المصلحة شرعا كذا في شرح الخطيب على المنهاج أقول وقول هذا الشارح هنا ولا يخفى ما فيه وينبغي الابراء العام بعده يدل على عدم جوازه وحرمة الاخذ وهو محل يحتاج الى التحرير وفي الاشباه والنظائر في الفن الاول عند الكلام على العرف الخاص أقول على اعتبار العرف الخاص قد تعارف الفقهاء بالقاهرة النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها وتعارفوا ذلك فينبغي الجواز وأنه لو نزل له وقبض المبلغ منه ثم أراد الرجوع عليه لا يملك ذلك ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم اه ورأيت بعض الفضلاء كتب على هذا المحل الفتوى على عدم جواز الاعتياض عن الوظائف وما قاله في كتاب البيوع مما سيأتي الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها كالاعتياض عن حق الشفعة ومسائل أخر سردها في ذلك المحل ترده هذا اه تأمل اه كلام الرملي أقول بقي هنا شيء وهو أن ما ذكره المؤلف من صحة الفراغ عن وظيفة النظر مخالف لما قدمه قبل ورقة ونصف نقلا عن الظهيرية بقوله المتولي اذا أراد أن يفوض الى غيره عند الموت ان كان الولاية بالايصاء يجوز وان أراد أن يقيم غيره مقام نفسه في صحته وحياته لا يجوز الا اذا كان التفويض اليه على سبيل التعميم اه وحاصله أن القيم ليس له أن ينزل عن وظيفة النظر الا في مرض موته على سبيل الايصاء وأما في صحته فلا الا اذا كان الواقف أذن له بذلك ومر بيانه فيما نقلناه عن الطرسوسي وعن هذا قال في الاشباه في أواخر كتاب الاقرار ونقله عن العلائي أيضا ما نصه الفعل في المرض أحط رتبة من الفعل في الصحة الا في

مسئلة اسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط فانه فى مرض الموت صحيح لا فى الصحة كما فى التتمة وغيرها اهـ فهذا هو المنقول فى مسئلة الناظر فليحمل ما ذكره المؤلف هنا من جواز النزول عن الوظائف على غير وظيفة النظر كوظيفة تدريس وامامة ونحو ذلك وان حمل جواز النزول عن النظر على ما اذا كان عند القاضي يحتاج الى نقل صريح يخصص به كلامهم والمؤلف لم ينقل ذلك فتأمل هذا وقد ذكر فى الاشباه أوائل كتاب الوقف أن الواقف اذا شرط عزل الناظر حال الوقف صح اتفاقا والا لا عند محمد ويصح عند أبي يوسف ثم قال ولم أر حكم عزله للمدرس والامام الذى ولاهما ولا يمكن الالحاق بالناظر لتعليلهم لصحة عزله عند الثانى بكونه وكيلا عنه وليس صاحب الوظيفة وكيلا عن الواقف الخ فهذا يفيد الفرق بين الناظر وغيره من أصحاب الوظائف فليتأمل (قوله وأفتى العلامة قاسم بان من فرغ لانسان الخ) قال الرملي هذا صريح فى صحة تقرير الناظر لغيره سواء علم بفراغه الى القاضي أم لا لانه عزل ولا يجب عليه تقريره ويؤخذ منه أنه لو مات ذو وظيفة فقرر الناظر آخر فبان أنه نزل عنها لآخر لم يقدح ذلك فى التقرير كما أفتى به بعض الشافعية بل لو قرره مع علمه بذلك فكذلك كما صرح به بعضهم وقواعدنا تقتضي ذلك ولانه حيث كان عزلا فقد شغرت الوظيفة لعدم تقرير القاضي فيجب التقييد بما اذا لم يقرر القاضي المنزول له لانه لو صح التقرير الثانى كان عزلا بغير جنحة عن وظيفة صارت حقه تامل (قوله ولا يخفى ما فيه) قال الرملي أى من عدم الجواز اذ هو حق مجرد لا يجوز الاعتياض عنه فلا طريق لجوازه وقياسه على الخلع قياس مع الفارق اذ المال فى الخلع مقابل بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع صرح به الزيلعي وغيره ولا ملك للفارغ عن الوظيفة حتى يكون أخذه له مقابلا به تامل (قوله قلت نعم قال فى القنية الخ) سيأتى قبيل قوله وان قلت هل للمؤجر لاحد الناظرين أن يؤجر الآخر أن للقاضي عزل منصوب قاض آخر بلا خيانة اذا رأى المصلحة وما ذكره هنا عن القنية قال أبو السعود تعقبه المرحوم الشيخ شاهين بانه مخالف للمنصوص عليه فى الفصل الاخير من جامع الفصولين ونصه اذا كان للوقف متول من جهة الواقف أو من جهة غيره من القضاة لا يملك القاضي نصب متول آخر بلا سبب موجب لذلك وهو ظهور خيانة الاول أو شئ آخر اهـ ثم قال بعد نقله فليكن ما فى جامع الفصولين مقيدا على ما فى القنية اهـ قلت التعقب مدفوع بقول المؤلف هنا وسيأتى عن الخانية أنه مقيد بما اذا رأى المصلحة وقول جامع الفصولين أو شئ آخر يشمل ما اذا رأى المصلحة ولا منافاة غاية الامر ان ما فى القنية مقيد ليس على اطلاقه فتدبر لكن فى أنفع الوسائل ما يخالف هذا حيث قال فى أثناء الاستدلال على مسئلة الاستبدال مع شرط الواقف عدمه ونصه ولان ما قلناه لا يكون أبلغ مما قاله الواقف أن القاضي اذا عزل الوصي العدل الكافي يصح وله أن يولي غيره وان لم يظهر منه خيانة فى الظاهر اهـ الا أن يقيد كلامه بالمصلحة وهو الظاهر تامل

وهكذا فى سائر الوظائف فان لم يكن المنزول له أهلا لا شك انه لا يقرره وان كان أهلا فكذلك لا يجب عليه وأفتى العلامة قاسم بان من فرغ لانسان عن وظيفته سقط حقه منها سواء قرر الناظر المنزول له أولا اهـ فالقاضي بالاولى وقد جرى التعارف بمصر الفراغ بالدراهم ولا يخفى ما فيه وينبغي لا بزاله العام بعده وفى البزازية المتولى من جهة الحاكم امتنع من العمل ولم يرفع الامر يعزل نفسه الى الحاكم لا يخرج عن التولية اهـ فان قلت هل للقاضي عزل من ولاه بغير جنحة قلت نعم قال فى القنية نصب القاضي قيما آخر لا ينعزل الاول ان كان منصوب الواقف وان كان منصوبه ويعلمه وقت نصب الثانى ينعزل بخلاف ما اذا نصب السلطان قاضيا فى بلدة لا ينعزل الاول على أحد القولين لانه قد تكثر القضاة فى بلدة دون القوام فى الوقف فى مسجد واحد اهـ وسيأتى عن الخانية انه مقيد بما اذا رأى المصلحة الموضع الرابع فى تصرفات الناظر وفيه بيان ما عليه وله من المعلوم أول ما يفعله القيم فى غلة الوقف البداءة بالعمارة وأجرة القوام وان لم يشترطها الواقف ويتحرى فى تصرفاته النظر للوقف والغبطة حتى لو آجر الوقف من نفسه أو سكنه باجرة المثل لا يجوز وكذا اذا آجره من ابنه أو أبيه أو عبده أو مكاتبه للتهمة ولا نظر معيبا كذا فى الاسعاف وفى جامع الفصولين المتولى لو آجر دار الوقف من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبي حنيفة الا باكثر من أجر المثل كبيع الوصي لو بقيمته صح عندهما ولو خيرا لليتيم صح عند أبي حنيفة وكذا متول أجر من نفسه لو خيرا صح والا لا ومعنى الخيرية مر فى بيع الوصي من نفسه وبه يفتى اهـ فعلم ان ما فى الاسعاف ضعيف ولا تجوز اجارته لاجنبي الا باجرة المثل لان ما نقص يكون اضرارا بالفقراء كذا فى المحيط وفى القنية فى الدور والحوانيت المسبلة فى يد المستأجر يسكنها بغبن فاحش نصف المثل أو نحوه لا يعذر أهل المحلة فى

(قوله ويجب على الحاكم أن يأمره بالاستئجار بأجرة المثل) يوجد في بعض النسخ بعد هذا ولو كان القيم ساكتا مع قدرته على الدفع لا غرامة عليه وقد وقعت حوادث الفتوى الى قوله وفي الحاوي ثم بعد هذا وشرط الزيادة أن تكون عند الكل الى قوله لكونه لا يمنع التسليم ثم بعده وفي الحاوي ويفتى بالضمان الخ (قوله فان قبلها فهو الاحق) أقول وجه كونه أحق أنه بزيادة أجر المثل يثبت للمتولي فسخ الاجارة كما سيذكره المؤلف عن الخانية فاذا رضي المستأجر بدفع

السكوت عنه اذا أمكنهم دفعه ويجب على الحاكم أن يأمره بالاستئجار بأجرة المثل ويجب عليه أجر المثل بالغا ما بلغ وعليه الفتوى وما لم يفسخ كان على المستأجر الاجر المسمى اه وشرط الزيادة أن تكون عند الكل أما لو زادها واحد أو اثنان تعنتا فانها غير مقبولة كما صرح به الاسبيجابي وحاصل كلامهم في الزيادة ان الساكن لو كان غير مستأجر أو مستأجر اجارة فاسدة فانه لا حق له وتقبل الزيادة ويخرج ويسلم المتولي العين الى المستأجر وان كان مستأجرا صحيحة فان كانت تعنتا فهي غير مقبولة أصلا وان كانت لزيادة أجر المثل عند الكل عرض المتولي الزيادة على المستأجر فان قبلها فهو الاحق والا آجرها من الثاني فان كانت أرضا فهي كغيرها لكن ان كانت الارض خالية عن الزراعة أجرها للثاني والا وجبت الزيادة على المستأجر الاول من وقتها ووجب تسليم السنين الماضية والمسمى بحسابه قبلها لان الزرع مانع من صحة الاجارة حيث كان مزروعا بحق وهذا كذلك وان لم يكن مزروعا بحق كالغاصب والمستأجر اجارة فاسدة فانه لا يمنع صحة الاجارة كما في الظهيرية والسراجية لكونه لا يمنع التسليم فان كان المتولي ساكتا مع قدرته على الرفع لا غرامة عليه وقد وقعت حوادث الفتوى منها استأجر أرض الوقف بأجر المثل ثم آجرها لآخر بأقل بنقصان فاحش فأجبت بالصحة لان المنافع المملوكة للمستأجر ليست كالوقف وانما هي كالملك ولذا ملك الاعارة ومنها لو زاد أجر المثل بعد ما أجر المستأجر هل يعرض الامر على الاول أم الثاني فأجبت على الاول لانه المستأجر من المتولي ومنها لو لم يقبل ونقضت وأجرها المتولي ممن زاد هل تنتقض الثانية فأجبت تنتقض لكونها مبنية على الاولى فاذا انتقض الاصل انتقض ما ابتنى عليه كما في الفتاوى الصغرى من الاجارة الطويلة وعلى هذا لو فسخت الاولى بخيار رؤية أو عيب بقضاء بطلت الثانية ومنها لو أجر المتولي جميع جهات الوقف الخراجي والهلالي بأجرة المثل فزاد أجر مثل بعضها أو زاد فيها غيره هل تؤجر من الآخر بعد العرض على الاول أولا فأجبت ينبغي أن لا تقبل الزيادة لانه حيث استأجر الجميع اجارة واحدة انما ينظر الى زيادة أجرة الجميع لا كل واحدة ومنها انه كيف يعلم القاضي ان الزيادة بسبب زيادة أجر المثل وهل يحتاج الى اثبات ذلك قلت نعم لما في الخانية من كتاب الوصايا وصي باع شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر مما باع فان القاضي يرجع الى أهل البصر ان أخبره اثنان من أهل البصر والامانة انه باع بقيمته وان قيمته ذلك فان القاضي لا يلتفت الى من يزيد وان كان في المزايدة يشترى بأكثر وفي السوق بأقل لا ينتقض بيع الوصي لاجل تلك الزيادة بل يرجع الى أهل البصر والامانة وان اجتمع رجلان منهم على شيء تؤخذ بقولهما معا وهذا قول محمد أما على قولهما فقول الواحد يكفي كما في التزكية ونحوها

الزيادة للمتولي زالت علة الفسخ فيبقى عقد الاجارة بحاله ولا يكون للمتولي الفسخ لانه لم يثبت له حق الفسخ الا لعلة الزيادة وبالتزام المستأجر الزيادة تزول العلة وبهذا ظهر غلط من يعتقد أن المستاجر الاول أحق بالايجار مطلقا كما أدركنا عليه أهل زماننا حتى أنهم يعتقدون أنه اذا فرغت مدة الاجارة وأراد المؤجر أن يؤجرها لآخر يفتونه بالمنع ويقولون ان المستاجر الاول أحق أخذا من هذه العبارة المذكورة هنا ولا يخفى أنه قياس فاسد لما علمت من أنه انما كان أحق هنا لبقاء مدته ولالتزامه ما هو علة الفسخ أعني الزيادة العارضة واذا رضي بدفع الزيادة تزول العلة فيبقى المأجور بيده الى انتهاء مدته أما اذا فرغت مدته فما وجه كونه أحق بالايجار من غيره نعم قد يكون أحق لعلة أخرى وهي أنه لو كان المأجور أرضا له عليها بناء أو غراس أو نحو ذلك وكان يرضى بدفع أجرة المثل لتلك الارض خالية عن البناء والغراس وهي مسئلة الارض المحتكرة لان في ابقائها بيده دفع الضرر عنه مع عدم ضرر الوقف على أن في هذه الصورة كلاما فان مقتضى اطلاق المتون في كتاب الاجارة يدل على أنه لا حق له فانه سيأتي في المتن هناك قوله وصح للبناء والغراس فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة الا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه أو يرضى بتركه فيكون البناء والغراس لهذا والارض لهذا اه وقد أفتى بذلك الخير الرملي وتارة أفتى بالاول نظرا للمستأجر لما فيه من رفع الضرر عنه

وعلى هذا قيم الوقف اذا أجر مستغل الوقف وجاء آخر يزيد في الاجرة اه وصرح قاضيخان من كتاب الاجارة بانه اذا أجر باقل من أجرة المثل فان كان بنقصان يتغابن الناس فيه فهي صحيحة وليس للمتولي فسخها وان كان بنقصان لا يتغابن الناس فيه فهي فاسدة وله أن يؤاجرها اجارة صحيحة امامن الاول أو من غيره باجر المثل وبالزيادة على قدر ما يرضى به المستأجر فان سكن المستأجر الاول وجب أجر المثل بالغا ما بلغ وعليه الفتوى وان كانت الاجارة الاولى باجرة المثل ثم ازداد أجر مثله كان للمتولي أن يفسخ الاجارة ومالم يفسخ كان على المستأجر الاجر المسمى اه وفي الحاوي ويفتى بالضمان في غصب عقار الوقف وغصب منافعه وكذا كل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه حتى نقضت الاجارة عند الزيادة الفاحشة نظرا للوقف وصيانة لحق الله تعالى وابقاء للخيرات اه وتقييده بالفاحشة يدل على عدم نقضها باليسير ولعل المراد بالفاحشة مالا يتغابن الناس فيها كما في طرف النقصان فانه جائز عن أجر المثل اذا كان يسيرا والواحد في العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه في كتاب الوكالة وهذا قيد حسن يجب حفظه فاذا كانت أجرة دار عشرة مثلا وزاد أجر مثلها واحدا فانها لا تنقض كما لو أجرها المتولي بتسعة فانها لا تنقض بخلاف الدرهمين في الطرفين ويجوز النقصان عن أجر المثل نقصا فاحشا للضرورة قال في المحيط وغيره حانوت وقف وعمارته ملك لرجل أبى صاحب العمارة أن يستأجر باجر مثله ينظر ان كانت العمارة لو رفعت يستأجر باكثر مما يستأجر صاحب العمارة كلف رفع العمارة ويؤجر من غيره لان النقصان عن أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة وان كان لا يستأجر باكثر مما يستأجره لا يكلف ويترك في يده بذلك الاجر لان فيه ضرورة اه فان قلت اذا استأجر أرض الوقف سنين على عقود كثيرة للبناء وحكم بصحتها ثم بنى فزاد انسان عليه هل تنتقض الاجارة قلت قال في المحيط وغيره ولو استأجر أرضا موقوفة وبنى فيها حانوتا وسكنها فاراد غيره أن يزيد في الغلة ويخرجه من الحانوت ينظر ان كانت أجرته

(قوله وان كان الاجارة الاولى باجرة المثل ثم ازداد أجر مثله الخ) أقول في التجنيس والمزيد لصاحب الهداية رجل استأجر أرض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة هي أجر المثل فلما دخلت السنة الثانية كثرت الرغبات فزادت أجرة الارض ليس للمتولي أن ينقض هذه الاجارة لنقصان أجر المثل لان أجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى أجر المثل اه ثم رأيت في رسالة العلامة قنلي زاده أن في مسئلة زيادة أجر المثل زيادة فاحشة بزيادة الرغبات اختلاف المشايخ ففي رواية شرح الطحاوي تفسخ الاجارة السابقة لان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا والوقف يجب له النظر وفي رواية فتاوى أهل سمرقند لا تفسخ قال والنقول على ماذكرنا كثيرة ثم قال بعد سرد النقول من الطرفين فتحرر من هذه النقول أن اجارة الوقف ان كان بغبن فاحش لم تصح ابتداء وان كان باجر المثل أو بغبن يسير صحت فان لم تزدد الاجرة في نفس الامر لكن جاء رجل وقبل الوقف باجرة زائدة لا تفسخ الاولى بل لابد من أن تزداد في نفس الامر بزيادة الرغبات ويثبت ذلك عند القاضي بخبر عدلين من أهل الخبرة أو واحد منهم بفسخ القاضي الاجارة والى وقت الفسخ يجب المسمى الاول ان لم يكن في المأجور ما يمنع الفسخ كزرع لم يستحصد بعد وان كان فيه ذلك تبقى الاجارة الى أن يزول لكن يجب أجر المثل من وقت الزيادة الى أن يزول هذا في رواية شرح الطحاوي وفي رواية أهل سمرقند لا تفسخ بالزيادة العارضة ان وقعت على أجر المثل ابتداء والروايتان قريبتان من التساوي في القوة والرجحان فاني لم أر الترجيح الصريح الا فيما نقل في أنفع الوسائل عن فتاوى برهان الدين أنه يفتى بان له أن يفسخ العقد لكن اذا ترافع المتولي والمستأجر الاول واثبت زيادة الاجر بزيادة الرغبات لكن ان حكم مشاهرة الحاكم الحنفي برواية أهل سمرقند أو ترافعا الى غير الحنفي فحكم بالغاء اعتبار الزيادة العارضة كان مجمعا عليه وليس لحنفي آخر الفسخ ذاهبا الى رواية شرح الطحاوي وهل المراد بقوله تفسخ الاجارة اذا زادت الرغبات أنه يفسخها القاضي بنفسه أو المتولي عند القاضي وباذنه ويحكم القاضي بذلك لم يحرره المتقدمون وانما تعرض له الطرسوسي وجزم بالاول وانما يفسخ القاضي اذا امتنع الناظر عنه اه ملخصا قلت وسياتي قريبا عن الحاوي ترجيح رواية شرح الطحاوي (قوله ولعل المراد بالفاحشة الخ) ذكر العلامة قنلي زاده عن الحاوي الحصيري أن الزيادة الفاحشة مقدرة بضعف الذي أجره أولا ثم قال وهذا قول لم تره لغيره والحق ان كل مالا يتغابن الناس بمثله فهو زيادة فاحشة نصفا كانت أو ربعا وهو ما لا يدخل تحت تقويم المتقومين في المختار ثم ردد أنه هل هذا روايتان أو مراد العامة أيضا بالغبن الفاحش ماذكر لم يحرره احد قبلنا وعزى الى الذخيرة مثل ما في الحاوي اه ويؤيد

ما في الحاوي ما قدمه المؤلف قبل صفحة عن القنية من قبول بغبن فاحش نصف المثل ونحوه وان الغبن مقابل الزيادة واعتبر فيه النصف ونحوه فكذا في الزيادة (قوله ثم ينظر ان كان رفع البناء الخ) قال العلامة قنلي زاده في رسالته بعد نقله نحو ذلك وفي فتاوى أبي الليث وهذا اذا كان البناء من الباني بغير اذن المتولي فاما ان كان البناء بامر المتولي كان البناء للوقف ويرجع الباني على المتولي بما أنفق اه قال والظاهر أنه أراد أن اذن المتولي بالبناء لاجل الوقف أما اذا أذن له بالبناء لنفسه فبنى لنفسه وأشهد عليه فلا يكون البناء للوقف (قوله وان لم يرض لا يتملكه) قال الرملي وكذلك لو رضي ولم يرض القيم لا يجبر لانه تملك وتمليك فلابد فيه من الرضا من الجانبين ثم اذا لم يرض القيم هل عليه أجرة لبنائه الظاهر لا لانه انما بقي لمصلحة الوقف لا لمصلحته وكذلك لو رضي القيم ولم يرض هو لانه لا يجبر على بيع ملكه وابقاء البناء في أرض الوقف لا لمصلحته بل لمصلحة الوقف جبرا عليه ولانه لو ألزم بالاجرة لزم عليه ضرران ضرر اجباره على التربص الى وقت التخلص والزامه بالاجرة ولم يعهد نظيره في الشرع ولانه اذا أخذ بالاجرة أخذ برفع ملكه وتخليصه عن الوقف هذا وقد صرح في الخلاصة وغيرها في حانوت وقف وعمارته لغيره أبى صاحب العمارة أن يستأجر العرصة بأجرة مثلها ان كانت بحال لو رفعت العمارة تستأجر يكلف لرفع العمارة ولو أجره من غيره مع العمارة لا يجوز فينبغي أن لا تجوز الاجارة هنا أيضا الا اذا أجر العرصة مع العمارة وأجاز صاحب العمارة فيجوز وينقسم الاجرة على ما قال في البزازية ولو كان البناء ملكا والعرصة وقفا وأجر المتولي باذن مالك البناء فالاجر ينقسم على البناء والعرصة وينظر بكم يستأجر كل فما أصاب البناء فهو لمالك البناء اه ومثله في كثير من الكتب اه كلام الرملي قلت وفي اجارات منح الغفار أن البناء يتملكه الناظر لجهة الوقف قهرا على صاحبه اذا كانت الارض تنقص بالقلع ٢٥٧ والا فلابد من رضاه هكذا ذكره عامة

مشاهرة اذا جاء رأس الشهر كان للقيم فسخ الاجارة لان الاجارة اذا كانت مشاهرة تنعقد في رأس كل شهر ثم ينظر ان كان رفع البناء لا يضر بالوقف فله رفعه لانه ملكه وان كان يضر به فليس له رفعه لانه وان كان ملكه فليس له أن يضر بالوقف ثم ان رضي المستأجر أن يتملكه القيم للوقف بالقيمة مبنيا أو منزوعا أيهما كان أخف يتملكه القيم وان لم يرض لا يتملك لان التملك بغير رضاه لا يجوز فيبقى الى أن يخلص ملكه اه ولم يذكر ما اذا كان استأجره مسانهة أو مدة طويلة والظاهر أنه لا تقبل الزيادة عليه دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الوقف لان الزيادة انما كانت بسبب البناء لا لزيادة في نفس الارض واذا علم حرمة ايجار الوقف باقل من أجر المثل علم حرمة اعارته بالاولى

الشارحون ممن صرح به مولانا صاحب البحر فينبغي أن يعول على ما في الشروح الموضوعة لنقل المذهب بخلاف نقول الفتاوى والله تعالى أعلم اه (قوله والظاهر أنه لا تقبل

الزيادة الخ) قال الرملي الظاهر خلاف هذا الظاهر وهو الحاقها بالمشاهرة فاذا جاء رأس السنة كان للقيم فسخ الاجارة اذ لا فرق بينهما من جهة الانعقاد كذلك وانما لم يذكرها اكتفاء بالاول لانه يعلم حكمه منه والحاصل أنه لا تقبل الزيادة في كل الصور حيث لم ترد أجرة مثله في ذاتها للزوم العقد وعدم موجب الفسخ فتأمل ذلك والظاهر أنه أراد بقوله والظاهر الخ أنهما مثل المشاهرة في عدم قبول الزيادة فانها في المشاهرة لا تقبل بل يصبر حتى ينقضي الشهر وبه يصح كلامه ولكنه لو قال ولم يذكر المسانهة والظاهر أنها كذلك لكان أخصر وأولى تأمل اه قلت وهذا الفهم بعيد من كلام المؤلف بل الظاهر من كلامه التفرقة بينهما وانها في المسانهة لا تنزع من يده ولو تمت السنة بدليل قوله لان الزيادة الخ ويرد عليه أنه لا فرق حينئذ بين المشاهرة والمسانهة وفي رسالة العلامة قنلي زاده مسائل البناء على أرض الوقف والغراس عليها كثير الوقوع في البلدان خصوصا في دمشق فان بساتينها كثيرة وأكثرها أراضي أوقاف غرس عليها المستأجرون وجعلوها أملاكا وأكثر اجاراتها بأقل من أجر المثل اما ابتداء واما بزيادة الرغبات وكذلك حوانيت البلدان فاذا طلب المتولي أو القاضي رفع اجاراتها الى أجر المثل يتظلم سكانها ومستأجروها ويزعمون أنه ظلم عليهم وهم ظالمون وبعض الصدور والاكابر يساعدونهم ويزعمون أن هذا التحريك فتنة فيجب على كل قاض عادل عالم وكل قيم أمين غير ظالم أن ينظر فان كان بحيث اذا رفع المستأجر بناءه وغرسه لا يستأجره الناس باكثر فليبقها واذا كان بحيث لو رفع وتبقى الارض بيضاء بقية يستأجرها المستأجرون باكثر زيادة لا يتغابن فيها الناس وثبت هذا بخبر اثنين خبيرين نقول لصاحب البناء اما ان تفسخ وترفع البناء والغراس أو تقبلها بهذه الاجارة فان قبلها تبقى الاجارة عليه والا يرفع بناءه وغرسه وقلما يضر رفعه بالارض فلا يبالي به وان ضر بها ضررا بينا يأذن

القاضي للمستأجر برفع بنائه صيانة للوقف عن الضرر فيامر المتولي بتملكه مقلوعا ان رضي صاحب البناء والا فيؤجر المتولي الارض من الغير ويبقى البناء الى أن يتخلص ملكه ولا يكون ذلك مانعا من الاجارة لانه لابد للباني عليه حتى لا يملك رفعه فكانها غير مشغولة هكذا قالوا ولكن من يستأجر الارض مع بناء الحانوت فيها اذ لا يمكنه التمتع فيها والوجه أن يرضى بضرر القلع ويؤمر به وهو يسير فالباقي يؤخذ البناء غير مقلوع بقيمته مقلوعا ويحصل للوقف غبطة عظيمة هذا كله اذا كان بدون أجر المثل ابتداء أو الآن والا فلا تفسخ بزيادة أحد وان زاد ضعف الاجرة الا أن تنقضي مدة الاجارة فيعطيها للطالب بالزيادة أما اذا زاد أجرة الارض في نفس الامر يفسخها في خلال المدة أيضا ولا يجوز ابقاؤها بحال اه ملخصا (قوله فان قلت الخ) سئل هل للقاضي أن يؤجر مع بقاء الناظر فاجاب نص الاستروشني على أن اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولي أو القاضي وهذا باطلاقه يقتضي أن للقاضي ذلك ولو كان للوقف متول لكن نصهم على أن القاضي محجور من التصرف في مال اليتيم عند وصي الميت وعند من نصبه ٢٥٨ القاضي عن الميت يقتضي بالقياس عليه أن القاضي انما يؤجر اذا لم يكن للوقف متول أو كان له متول لكن امتنع من الايجار ويكون هذا محمل كلام الاستروشني والله أعلم فتاوى حانوتي (قوله قلت نعم) قال الرملي الذي قدمه لا يفيد القطع بالحكم بل التردد فيه وأقول الظاهر لا ويدل عليه قولهم الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة فيحمل ما هنا على ما اذا أبى المتولي اجارتها فتأمل وقد قال في الاشباه بعد ما فرع على القاعدة المذكورة وعلى هذا لا يملك القاضي التصرف في الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله والاجارة تصرف في الوقف بخلاف تقرير الوظائف لغير المشروط له ذلك فانه تصرف في وهو الموقوف عليهم تامل وفي أوقاف هلال أرأيت القاضي اذا أجر الدار الوقف قال الاجارة جائزة قلت وكذلك لو أجرها وكيل القاضي بامره قال نعم وظاهره اطلاق الجواز مع وجود المتولي ووجهه ظاهر اه كلام الرملي ملخصا قلت وجدت في التجنيس ما يؤخذ منه جواب المسئلة ونصه أرض وقف بدرغم وهي ناحية من نواحي سمرقند ولها متول من جهة قاضي سمرقند فاستأجرها رجل من حاكم بدراهم معلومة فزرعها فلما حصلت الغلة طلب المتولي الحصة من الغلة كما جرى العرف في المزارعة بدرغم فقال الرجل على الاجرة كان للمتولي أن يأخذ الحصة لانه لا ولاية للحاكم لان تولية القاضي لهذا المتولي ان كان قبل تقليد الحاكم لم يدخل ذلك في تقليده وان كان بعد تقليده خرج الحاكم عن ولاية تلك الارض فلم تصح اجارته فاذا زرعها وقد جرى العرف بالمزارعة على النصف أو على الثلث صار كان المتولي دفعها اليه مزارعة على ذلك اه ونحوه في التتارخانية وقد ذكرها في الاسعاف أيضا في فصل اجارة الوقف باوضح من هذه العبارة وصرح بان الحاكم من جهة قاضي البلدة ولا يخفى أن العدول عن التعليل بان القاضي

ويجب أجر المثل كما قدمناه وينبغي أن يكون خيانة من الناظر وكذا اجارته بالاقل عالما بذلك وذكر الخصاف ان الواقف أيضا اذا أجر بالاقل مما لا يتغابن الناس في مثله فانها غير جائزة ويبطلها القاضي فان كان الواقف مأمونا وفعل ذلك على طريق السهو والغفلة أقره القاضي في يده وأمره باجارتها بالاصلح وان كان غير مأمون أخرجها من يده وجعلها في يد من يثق بدينه وكذا اذا أجرها الواقف سنين كثيرة ممن يخاف أن تتلف في يده قال يبطل القاضي الاجارة ويخرجها من يد المستأجر اه واذا كان هذا في الواقف فالمتولي أولى وفي الاسعاف لو شرط الواقف أن لا يؤجر المتولي الوقف ولا شيأ منه أو أن لا يدفعه مزارعة أو على أن لا يعمل على ما فيه من الاشجار أو شرط أن لا يؤجر الا ثلاث سنين ثم لا يعقد عليه الا بعد انقضاء العقد الاول كان شرطه معتبرا ولا تجوز مخالفته اه وسيأتي في بيان الشروط ما لا يعتبر منها ان شاء الله تعالى وسيأتي في كتاب الاجارات بيان مدتها في الاوقاف وحكم الاجارة الطويلة ان شاء الله تعالى وذكر الخصاف انه لو تبين ان المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخ القاضي الاجارة ويخرجه من يده ولو كان المستأجر أمين القاضي ثم اعلم ان المتولي اذا آجر باقل من أجرة المثل بنقصان فاحش حتى فسدت لا ضمان عليه وانما يلزم المستأجر أجرة المثل وقد توهم بعض من لا خبرة له ولا دراية انه يكون ضامنا ما نقص وهو غلط صرح به العلامة قاسم في فتاواه مستندا الى النقول الصريحة وفي جامع الفصولين ولو استباع مال اليتيم بالف وآخر بالف ومائة والاول أملأ يبيعه الوصي من الاول وكذا الاجارة تؤجر بثمانية للاملأ لا بعشرة لغيره وكذا متولي الوقف اه فان قلت هل للقاضي ولاية الايجار مع وجود المتولي قلت نعم على ما قدمناه عند قوله أجرها الحاكم وسيأتي في كتاب الاجارات ان التمكن في الفاسدة لا يكفي

وهو بعمومه يتناول الوقف وقد صرح الخصاف بان المتولى اذا أجره اجارة فاسدة وتمكن المستأجر ولم ينتفع حقيقة فانه لا أجر عليه وفى الظهيرية وتجوز اجارة القيم الوقف بعرض عند أبى حنيفة خلافا لهما والاب والوصى اذا أجر دار اليتيم بعرض جاز بلا خلاف وفى القنية ولا يجوز للقيم شراء شئ من مال المسجد لنفسه ولا البيع له وان كان فيه منفعة ظاهرة للمسجد اه فان قلت اذا أمر القاضى بشئ ففعله ثم تبين انه ليس بشرعى أو فيه ضرر على الوقف هل يكون القيم ضامنا قلت قال فى القنية طالب القيم أهل المحلة أن يقرض من مال المسجد للامام فأبى فامره القاضى به فاقرضه ثم مات الامام مفلسا لا يضمن القيم اه مع ان القيم ليس له اقراض مال المسجد قال فى جامع الفصولين ليس للمتولى ايداع مال الوقف والمسجد الا ممن فى عياله ولا اقراضه فلو أقرضه ضمن وكذا المستقرض وذكر ان القيم لو أقرض مال المسجد ليأخذه عند الحاجة وهو أحرز من امساكه فلا بأس به وفى العدة يسع المتولى اقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز اه فان قلت اذا قصر المتولى فى شئ من مصالح الوقف هل يضمن قلت ان كان فى عين ضمنها وان كان فيما فى الذمة لا يضمن قال فى القنية انهدم المسجد فلم يحفظه القيم حتى ضاعت خشبة يضمن اشترى القيم من الدهان دهنا ودفع الثمن ثم أفلس الدهان بعد لم يضمن اه وفى البزازية امتنع المتولى عن تقاضى ما على المتقبلين لا يأثم وان هرب بعض المتقبلين بعدما اجتمع عليه مال كثير بحق القبالة لا يضمن المتولى اه وفى القنية أجر القيم ثم عزل ونصب قيم آخر فقيل أخذ الاجر للمعزول والاصح انه للمنصوب لان المعزول أجرها للوقف لا لنفسه ولو باع القيم دارا اشتراها بمال الوقف فله أن يقيل البيع مع المشترى اذا لم يكن البيع بأكثر من ثمن المثل وكذا اذا عزل ونصب غيره فللمنصوب اقالته بلا خلاف ولو أذن القاضى للقيم فى خلط مال الوقف بماله تخفيفا عليه جاز ولا يضمن وكذا القاضى اذا خلط مال الصغير بماله وعن أبى يوسف الوصى اذا خلط مال الصغير بماله لا يضمن وللقيم فسخ الاجارة مع المستأجر قبل قبض الاجر وينفذ فسخه على الوقف وبعد القبض لا ولو أبرأ القيم المستأجر عن الاجرة بعد تمام المدة تصح البراءة عند أبى حنيفة ومحمد ويضمن للقيم صرف شئ من مال الوقف الى كتبة الفتوى ومحاضر الدعوى لاستخلاص الوقف والمتولى اذا أجر نفسه فى عمل المسجد وأخذ الاجرة لم يجز فى ظاهر الرواية وبه يفتى اه وفى جامع الفصولين اذ لا يصلح مؤاجرا ومستأجرا وصح لو أمره الحاكم بعمل فيه ثم قال وفى القنية القيم ضمن مال الوقف بالاستهلاك ثم صرف قدر الضمان الى المصرف بدون اذن القاضى يخرج عن العهدة اه وفى الولوالجية للمتولى أن يحتال بمال الوقف على انسان اذا كان مليا وان أخذ كفيلا كان أحب الى وفى جامع الفصولين المتولى يملك الاقالة لو خيرا للوقف فان قلت حل للمتولى أن يصرف غلة سنة عن سنة قبلها قلت لا لما فى الحاوى الحصيرى وغيره سئل أبو جعفر عن قيم جمع الغلة فقسمها على أهل الوقف وحرم واحدا منهم فلم يعطه وصرف نصيبه الى حاجة نفسه فلما خرجت الغلة الثانية طلب المحروم نصيبه هل له ذلك قال ان شاء ضمن القيم وان شاء اتبع شركاءه فشاركهم فيما أخذوا فان اختار تضمين القيم سلم لهم ما أخذوا وليس له أن يأخذ من غلة هذا العام أكثر من نصيبه اه وظاهره انه اذا اختار اتباع الشركاء فانه لا مطالبة له على المتولى وان المتولى لا يدفع للمحروم من غلة الثانية شيأ سواء اختار تضمينه أو اتباع الشركاء لكن فى الذخيرة وان اختار اتباع الشركاء والشركة فيما أخذوا كان له أن يأخذ ذلك من نصيب الشركاء من الغلة الثانية لانه لما اختار اتباع الشركاء تبين انهم أخذوا

أو مأموره ليس له ولاية الايجار مع حضور المتولى الى التعليل بما ذكره من أنه لم يدخل فى تعليله أو خارج عنه يفسد ملك القاضى لذلك تأمل (قوله وفى القنية أجر القيم ثم عزل الخ) قال الرملى قد أفتى الشارح بان أخذها للمعزول وهى فى فتاواه ولم ينقل خلافه وقد علم بما ذكر أنه افتاء بخلاف الاصح (قوله للقيم صرف شئ من مال الوقف الى كتبة الفتوى) قال الرملى ومثله لو استولى عليه ظالم ولم يمكنه دفعه عنه الا بصرف ماله فصرف لا يضمن كما يعلم من مسئلة الوصى اذا طمع السلطان فى مال اليتيم ولم يمكن دفعه عنه الا بدفع شئ من ماله وكذا اذا لم يكن فى يده شئ من مال الوقف وعرض له مثل هذا الامر فاستدان بامر القاضى أو استأذن القاضى فى بذل ذلك من ماله ليرجع به فى مال الوقف كما يعلم من كتاب الوصايا أيضا تامل (قوله ان شاء ضمن القيم) قال الرملى

نصيبه فله أن يأخذ من انصبائهم مثل ذلك لانه جنس حقه فى أخذ رجعوا جميعا على القيم بما استهلك القيم من حصة المحروم فى السنة الاولى لانه بقى ذلك حقا للجميع اهـ فظاهره ان المتولى يدفع له من غلة الثانية شاؤا أو أبوا حيث اختار اتباعهم ومفهومه انه لو لم يصرف حصة المحروم الى نفسه وانما صرف الغلة اليهم وحرم واحدا اما لعدم حضوره وقت القسمة أو عنادا انه يشاركهم ولا يضمن المتولى وانه يدفع اليه من غلة الثانية من انصبائهم وظاهر ما فى الحاوى انه يتبعهم فيما أخذوا ولا يعطى من الثانية أكثر من حصته وهو الظاهر لان حقه صار فى ذمتهم والمتولى ليس له ولاية قضاء ديونهم ومقتضى القواعد ان المحروم فى صورة صرف الجميع اليهم له أن يضمن المتولى لكونه متعديا كما له أن يرجع على المستحقين فان قلت هل للمتولى تفضيل البعض على البعض قدرا وتعجيلا قلت فيه تفصيل فالتفضيل فى القدر راجع الى شرط الواقف قال فى البزازية وقف ضيعة على فقراء قرابته أو فقراء قريته وجعل آخره للمساكين جاز يحصون أولا وان أراد القيم تفضيل البعض على البعض فالمسئلة على وجوه ان الوقف على فقراء قرابته وقريته وهم يحصون أولا يحصون أو أحد الفريقين يحصون والآخر لا ففى الوجه الاول للقيم أن يجعل نصف الغلة لفقراء القرابة ونصفها لفقراء القرية ثم يعطى كل فريق من شاء منهم ويفضل البعض على البعض كما شاء لان قصده القربة وفى الصدقة الحكم كذلك وفى الوجه الثانى تصرف الغلة الى الفريقين بعددهم وليس له أن يفضل البعض على البعض لان قصده الوصية وفى الوصية الحكم كذلك وفى الثالث تجعل الغلة بين الفريقين أولا فتصرف الى الذين يحصون بعددهم والى الذين لا يحصون سهم واحد لان من يحصى لهم وصية ولمن لا يحصى صدقة والمستحق للصدقة واحد ثم يعطى هذا السهم من الذين لا يحصون من شاء ويفضل البعض على البعض فى هذا السهم اهـ وقدمنا ان الاوقاف المطلقة على الفقهاء للمتولى التفضيل واختلفوا هل هو بالحاجة أو بالفضيلة وكل منهما صحيح وأما التعجيل للبعض فلم أر فيه نقلا صريحا وينبغى أن يجوز استنباطا مما فى البزازية المصدق اذا أخذ عمالته قبل الوجوب أو القاضى استوفى رزقه قبل المدة جاز والافضل عدم التعجيل لاحتمال أن لا يعيش الى المدة اهـ فان قيل لا يقاس عليه لان مال الوقف حق المستحقين على الخصوص فليس له أن يخصص أحدا ومال بيت المال حق العامة قلت غايته أن يكون كدين مشترك بين اثنين وجب لهما بسبب واحد والداين اذا دفع لاحدهما نصيبه جاز له ذلك غايته ان الشريك الغائب اذا حضر خير ان شاء اتبع شريكه وشاركه وان شاء أخذ من المديون فكذلك يمكن أن يقال يخير المستحق كذلك كما قدمناه فى مسئلة المحروم ثم رأيت فى القنية لم يكن فى المسجد امام ولا مؤذن واجتمعت غلات الامامة والتأذين سنين ثم نصب امام ومؤذن لا يجوز صرف شئ من تلك الغلات اليهما وقال برهان الدين صاحب المحيط لو جعلوه للمستقبل كان حسنا الى آخر ما ذكره وفى البزازية المتولى لو أمينا فاستأجر الكاتب لمحاسبه

أى لصرفه نصيب الغير الى حاجة نفسه فصار متعديا وقوله وان شاء اتبع شركاءه أى لاخذهم نصيبه (قوله فظاهره أن المتولى يدفع له من غلة الثانية الخ) قال الرملى ان أراد من انصبائهم فقد صرح بان له أن يأخذ ويرجعوا جميعا على القيم فما معنى هذا الكلام وان أراد من غير انصبائهم فالظاهر خلاف هذا الظاهر ولا يظهر بين الكلامين أى كلام الحاوى وكلام الخانية مخالفة تأمل (قوله ولا يضمن المتولى) قال الرملى الظاهر ان له تضمينه اذ ليس له دفع استحقاقه لهم فكان متعديا فيضمن فقوله وصرف نصيبه الى حاجة نفسه اتفاقى لا احترازى تأمل (قوله وهم يحصون أولا يحصون) هكذا فى النسخ وهو كذلك فى البزازية والصواب العكس كما فى الفصل الثالث من التتارخانية حيث قال وهم لا يحصون أو يحصون وعلى هذا يصح التفريع بقوله ففى الوجه الاول وفى الوجه الثانى والا فلا يصح كما لا يخفى (قوله تقسم الغلة الى الفريقين بعددهم) أى تقسم على الرؤس فلو كان فقراء القرابة عشرين مثلا وفقراء القرية عشرة تقسم على ثلاثين من غير تفضيل بخلاف الوجه الاول فانها تقسم نصفين على الفريقين لا على الرؤس لكونهم لا يحصون وأما فى الوجه الثالث فتقسم الغلة نصفين أيضا ثم يقسم نصف من يحصون على عدد رؤسهم بلا تفضيل ونصف من لا يحصون يعطى لمن شاء منهم وبه يتضح ما قدمناه (قوله كما قدمناه فى مسئلة المحروم) قال الرملى قدم فى مسئلة المحروم أنه يخير بين أن يتبع المتولى فيضمنه وبين أن يتبعهم لكنه خص ذلك بما اذا حرمه وصرف ذلك لنفسه لا مطلقا مع أنه خلاف الفقه لان حاصله أنه دفع مال الغير بلا اذن الغير والدافع متعد بالدفع والآخذ بالاخذ فكان له أن يضمن من شاء منهما تأمل

لا يجوز له اعطاء الاجرة من مال الوقف ولو استأجر لكنس المسجد وفتحه واغلاقه بمال المسجد يجوز
اهـ وليس لاحد الناظرين التصرف دون الآخر عندهما خلافا لابي يوسف وفي الخانية ولو أن
قيمين في وقف أقام كل قيم قاضي بلدة غير قاضي بلدة أخرى هل يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف
بدون الآخر قال الشيخ الامام اسمعيل الزاهد ينبغي أن يجوز تصرف كل واحد منهما ولو أن واحدا
من هذين القاضيين أراد أن يعزل القيم الذي أقامه القاضي الآخر فان رأى القاضي المصلحة في عزل
الآخر كان له ذلك والا فلا اهـ وفيه دليل على ان للقاضي عزل منصوب قاض آخر بغير خيانة
اذا رأى المصلحة اهـ فان قلت هل لاحد الناظرين أن يؤجر الآخر قلت لا يجوز لما في الخانية
من كتاب الوصايا لو باع أحد الوصيين لصاحبه شيأ من التركة لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لان
عندهما لا ينفرد أحد الوصيين بالتصرف اهـ والناظر اما وصي أو وكيل وفي جامع الفصولين
ليس للوصي في هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة ولا للقيم أن يزرع في أرض الوقف اهـ فاذا
ثبت عند القاضي أنه زرع ينبغي أن يكون خيانة يستحق بها العزل وفي جامع الفصولين ولو أذن
قيم مؤذنا ليخدم مسجدا وقطع له الاجر وجعل ذلك أجرة المنزل وهو أجر المثل جاز وفي الخانية
المتولي اذا استأجر رجلا في عمارة المسجد بدرهم ودانق وأجر مثله درهم فاستعمله في عمارة المسجد
ونقد الاجر من مال الوقف قالوا يكون ضامنا جميع ما نقد لانه لما زاد في الاجر أكثر مما يتغابن فيه
الناس يصير مستأجرا لنفسه دون المسجد فاذا نقد الاجر من مال المسجد كان ضامنا المتولي اذا أمر
المؤذن أن يخدم المسجد وسمى له أجرا معلوما لكل سنة قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل
رحمه الله تصح الاجارة لانه يملك الاستئجار لخدمة المسجد ثم ينظر ان كان ذلك أجر عمله أو زيادة
يتغابن فيه الناس كانت الاجارة للمسجد واذا نقد الاجر من مال المسجد حل للمؤذن أخذه وان كان في
الاجر زيادة على ما يتغابن فيه الناس كانت الاجارة للمتولي لانه لا يملك الاستئجار للمسجد بغبن
فاحش فاذا أدى الاجر من مال المسجد كان ضامنا وان علم المؤذن بذلك لا يحل له أن يأخذ من مال
المسجد اهـ ثم قال فقير سكن دارا موقوفة على الفقراء باجر وترك المتولي ما عليه من الاجر بحصته
من الوقف على الفقراء جاز كما لو ترك الامام خراج الارض لمن له حق في بيت المال بحصته اهـ وذكر
فيها ثلاث مسائل في غصب الوقف مناسبة لتصرف المتولي الاولى لو غصب الوقف واسترده القيم
وكان الغاصب زاد فيه فان لم يكن مالا متقوما بان كرب الارض أو حفر النهر أو ألقى في ذلك السرقين
واختلط ذلك بالتراب استردها بغير شئ وان كانت مالا متقوما كالبناء والغرس أمر الغاصب برفعه
ان لم يضر بالارض وان أضر بان خربها لم يكن له الرفع ويضمن القيم له من غلة الوقف قيمة الغراس
مقلوعا وقيمة البناء مرفوعا وان لم يكن للوقف غلة أجر الوقف وأعطى الضمان من الاجرة وان
اختار الغاصب قلع الاشجار من أقصى موضع لا تخرب الارض فله ذلك ولا يجبر على أخذ القيمة
ثم يضمن القيم ما بقي في الارض من الشجر ان كانت له قيمة الثانية لو استولى على الوقف غاصب
وعجز المتولي عن استرداده وأراد الغاصب أن يدفع قيمتها كان للمتولي أخذ القيمة أو الصلح على شئ
ثم يشتري بالمأخوذ من الغاصب أرضا أخرى فيجعله وقفا على شرائط الاولى لانه حينئذ صار بمنزلة
المستهلك فيجوز أخذ القيمة الثالثة رجل غصب أرضا موقوفة قيمتها ألف ثم غصب من الغاصب
رجل آخر بعدما ازدادت قيمة الارض وصارت تساوي ألفي درهم فان المتولي يتبع الغاصب
الثاني ان كان مليا على قول من يرى جعل العقار مضمونا بالغصب لان تضمين الثاني أنفع للوقف

(قوله فان قلت هل لاحد الناظرين أن يؤجر الآخر احترازا عن الناظر والقاضي) قال في الاسعاف ولو تقبل المتولي الوقف لنفسه لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفي العقد الا اذا تقبله من القاضي لنفسه فحينئذ يتم لقيامه باثنين اهـ وظاهره أنه يجوز من أحد الناظرين والظاهر أنه مبني على قول أبي يوسف تامل (قوله ينبغي أن يكون خيانة) أقول صرح به الامام الخصاف في باب الرجل يجعل أرضا صدقة موقوفة ثم يزرعها ونصه قلت فما تقول في والي هذه الصدقة ان زرع أرض الوقف ثم اختلف هو وأهل الوقف في الزرع فقال واليها انما زرعتها لنفسي ببذري ونفقتي وقال أهل الوقف بل زرعتها لنا فالقول قوله من قبل أن البذر له

فيما حدث من الزرع من هذا البذر فهو لصاحب البذر وهو في ذلك بمنزلة الواقف فيما يزرع له قلت فترى اخراجه من يده بما فعل قال نعم ويضمن نقصان الارض اه (قوله وقيده الطرسوسي الخ) نص عبارته ينبغي أن يكون التفصيل فيها أنه ان حصل طلب المستحقين منه المال وأخر ثم مات مجهلا أنه يضمن وان لم يحصل طلب منهم ومات مجهلا فينبغي أن يقال

أيضا ان كان محمود ابين الناس معروفا بالديانة والامانة أنه لا ضمان عليه وان لم يكن كذلك ومضى زمن والمال بيده ولم يفرقه ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي أنه يضمن اه وكان قوله وينبغي أن يكون التفصيل الخ سقط من نسخة الرملي فاعترض على المؤلف بانه غير مطابق لما نقله عنه ثم قال والعمل باطلاقهم متعين ولا نظر لما قاله الطرسوسي بحثا ويكفي المانع احتماله وقد قيل في حق الطرسوسي انه ليس من أهل الفقه والقائل فيه ذلك الكمال ابن الهمام رحمه الله تعالى اه تأمل ثم اعلم أن البيري في شرح الاشباه ذكر ان قوله غلات الوقف وقع هكذا مطلقا في الولوالجية والبزازية وقيده قاضيخان بمتولي المسجد اذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان اه أقول أما اذا كانت الغلة مستحقة لقوم

وان كان الاول أملأ من الثاني يتبع الاول لان تضمين الاول يكون أنفع للوقف واذا اتبع القيم أحدهما برئ الآخر عن الضمان كالمالك اذا اختار تضمين الغاصب الاول أو الثاني برئ الآخر اه ومنها أكار تناول من مال الوقف فصالحه المتولي على شئ والاكار غني لا يجوز الحط من مال الوقف وان كان الاكار فقيرا جاز ذلك اه وهو محمول على ما اذا كان الوقف على الفقراء كما قيده به فيما اذا سكن الفقير دار الوقف وسامحه المتولي بالاجر وأما اذا كان على أرباب معلومين ومستحقين مخصوصين لا تجوز المسامحة والحط بالصلح مطلقا وعلى هذا لا تجوز الاجارة بأقل من أجر المثل بغبن فاحش من فقير اذا كان الوقف على معينين وان كان وقف الفقراء جاز وفي الاسعاف ولو اشترى بغلته ثوبا ودفعه الى المساكين يضمن ما نقده من مال الوقف لوقوع الشراء له حائط بين دارين أحداهما وقف والاخرى ملك فانهدم وبناه صاحب الملك في حد دار الوقف قال أبو القاسم يرفع القيم الامر الى القاضي ليجبره على نقضه ثم يبنيه حيث كان في القديم ولو قال القيم للباني أنا أعطيك قيمة البناء وأقره حيث بنيت وان أنت لنفسك حائطا آخر في حدك قال أبو القاسم ليس للقيم ذلك بل يأمره بنقضه وبنائه حيث كان في القديم اه ولو أخذ متولي الوقف من غلته شيأ ثم مات بلا بيان لا يكون ضامنا هكذا قالوا وقيده الطرسوسي في أنفع الوسائل بحثا بما اذا لم يطالب المستحق أما اذا طالبه المستحق ولم يدفع له ثم مات بلا بيان فانه يكون ضامنا اه ومقتضاه انه لو ادعى في حياته الهلاك لا يقبل قوله لانه صار ضامنا بمنع المستحق بعد الطلب وفي القنية وينبغي للقاضي أن يحاسب أمناءه فيما في أيديهم من أموال اليتامى ليعرف الخائن فيستبدله وكذا القوام على الاوقاف ويقبل قولهم في مقدار ما حصل في أيديهم من مقدار الغلات الوصي والقيم فيه سواء والاصل فيه أن القول قول القابض في مقدار المقبوض وفيما يخبر من الانفاق على اليتيم أو على الضيعة ومؤنات الاراضي وفي أدب القاضي للخصاف ويقبل قول الوصي في المحتمل دون القيم لان الوصي من فوض اليه الحفظ والتصرف والقيم من فوض اليه الحفظ دون التصرف وكثير من مشايخنا سووا بين الوصي والقيم فيما لا بد فيه من الانفاق وقالوا يقبل قولهما فيه وقاسوه على قيم المسجد أو واحد من أهل المحلة اذا اشترى للمسجد ما لا بد منه كالحصير والحشيش والدهن وأجر الخادم ونحوه لا يضمن للاذن دلالة ولا يتعطل المسجد كذا هذا وبه يفتى في زماننا قال رضي الله عنه والصحيح والصواب في عرفنا بخوارزم هذا انه لا فرق بينهما (ط) وان اتهمه القاضي يحلفه وان كان أمينا كالمودع يدعي هلاك الوديعة أو ردها قيل انما يستحلف اذا ادعى عليه شيأ معلوما وقيل يحلف على كل حال وان أخبر وانهم أنفقوا على اليتيم والضيعة من انزال الارض كذا وبقي في أيدينا كذا فان عرف بالامانة يقبل القاضي الاجمال ولا يجبره على التفسير شيأ فشيأ وان كان متهما يجبره القاضي على التفسير شيأ فشيأ ولا يحبسه ولكن يحضره يومين أو ثلاثة أو يخوفه ويهدده ان لم يفسره فان فعل والا يكتفي منه باليمين ولو عزل القاضي ونصب غيره فقال الوصي للمنصوب حاسبني المعزول لا يقبل

بالشرط فيضمن مطلقا ثم ذكر الاستدلال عليه فراجعه قلت ويؤيده قولهم ان غلة الوقف ملك لها الموقوف عليه وان لم يقبل وما سيأتي في باب دعوى الرجلين من أن دعوى الغلة من قبيل دعوى الملك المطلق وحينئذ فتكون في حكم سائر الامانات فتنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض والله أعلم

منه الا ببينة وفي وقف الناصحي اذا أجر الواقف أو قيمه أو وصيه أو أمينه ثم قال قبضت الغلة فضاعت أو فرقته على الموقوف عليهم وأنكروا فالقول له مع يمينه اهـ ما في القنية فقد علمت ان مشروعية المحاسبات للنظار انما هي ليعرف القاضي الخائن من الامين لا لاخذ شئ من النظار للقاضي واتباعه والواقع بالقاهرة في زماننا الثاني وقد شاهدنا فيها من الفساد للاوقاف كثيرا بحيث يقدم كلفة المحاسبة على العمارة والمستحقين وكل ذلك من علامات الساعة المصدقة لقوله عليه الصلاة والسلام كما رواه البخاري في أول كتاب العلم اذا وسد الامر لغير أهله فانتظروا الساعة فان قلت هل يباح للقاضي أخذ الاجر على المحاسبات من مال الاوقاف قلت قال في البزازية من كتاب القضاء وان كتب القاضي سجلا أو تولى قسمة وأخذ أجرة المثل له ذلك ولو تولى نكاح صغيرة لا يحل له أخذ شئ لانه واجب عليه وكلما وجب عليه لا يجوز أخذ الاجر عليه وما لا يجب عليه يجوز أخذ الاجر وذكر عن البقالي في القاضي يقول اذا عقدت عقد البكر فلي دينار وان ثيبا فلي نصفه انه لا يحل له ان لم يكن لها ولي فلو كان ولي غيره يحل بناء على ما ذكروا ولو باع مال اليتيم لا يأخذ شيأ ولو أخذ وأذن في البيع لا ينفذ بيعه اهـ فقد استفيد منه انه يجوز له الاخذ على نفس الكتابة ولا يجوز له الاخذ على نفس المحاسبات لان الحساب واجب عليه فهو كما لو تولى نكاح يتيمة أو بيع مال اليتيم وقدمنا عن البزازية ان المتولي لو استأجر كاتبا للحساب لا يجوز له ان يدفع أجرته من مال الوقف وفي القنية ولو أبرأ صاحب الحق القيم عن نصيبه بعد ما استهلكه لا يصح اهـ قال في الخانية وقف له متول ومشرف ليس للمشرف ان يتصرف في مال الوقف لان ذاك مفوض الى المتولي والمشرف مأمور بالحفظ لا غير اهـ وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف كذا في فتح القدير وأما بيان ما عليه من العمل فحاصل ما ذكره الخصاف أن ما يجعله الواقف للمتولي ليس له حد معين وانما هو على ما تعارفه الناس من الجعل عند عقدة الواقف ليقوم بمصالحه من عمارة واستغلال وبيع غلات وصرف ما اجتمع عنده فيما شرطه الواقف ولا يكلف من العمل بنفسه الا مثل ما يفعله أمثاله ولا ينبغي له أن يقصر عنه وأما ما تفعله الاجراء والوكلاء فليس ذلك بواجب عليه حتى لو جعل الولاية الى امرأة وجعل لها أجرا معلوما لا تكلف الا مثل ما يفعله النساء عرفا ولو نازع أهل الوقف القيم وقالوا للحاكم ان الواقف انما جعل له هذا في مقابلة العمل وهو لا يعمل شيأ لا يكلفه الحاكم من العمل ما لا تفعله الولاة فان قلت اذا شرط الواقف ناظرا وجابيا وصيرفيا فما عمل كل منهم قلت الامر والنهي والتدبير والعقود وقبض المال وظيفة الناظر وجمع المال من المستأجرين هلاليا وخراجيا وظيفة الجابي ونقد المال ووزنه وظيفة الصيرفي فان قلت هل للجابي الدعوى على المستأجر

(قوله وفي وقف الناصحي الخ) قال الرملي سئل مولانا شيخ الاسلام الشيخ محمد الغزي عن المتولي اذا قبض غلات الوقف وصرفها في مصالحه فهل يقبل قوله في ذلك أم لا وهل يحلف أم لا فأجاب نعم القول قوله فيما صرفه في مصالح الوقف من النفقة اذا وافق الظاهر وكذا يقبل قوله فيما يدعيه من الصرف على المستحقين بلا بينة لان هذا من جملة عمله في الوقف واختلفوا في تحليفه واعتمد شيخنا في الفوائد أنه لا يحلف والله تعالى أعلم بالصواب ثم بعد كتابة هذا الجواب وقفت على جواب فتوى شيخ الاسلام أبي السعود العمادي مفتي الديار الرومية صورتها اذا ادعى المتولي دفع غلة الوقف لمن يستحقها شرعا هل يقبل قوله في ذلك أم لا فكتب جوابه ان ادعى الدفع لمن عينه الواقف في وقفه كأولاده وأولاد أولاده يقبل قوله وان ادعى الدفع الى الامام بالجامع والبواب ونحوهما لا يقبل قوله كما لو استأجر شخصا للبناء في الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الاجرة اليه فانه لا يقبل قوله والله تعالى أعلم وهو تفصيل في غاية الحسن فليعمل به والله تعالى أعلم قال في تحفة الاقران غير ان علماءنا على الافتاء بخلافه أقول والجواب عما تمسك به العمادي انها ليس لها حكم الاجرة من كل وجه وقد تقدم أن فيها شوب الاجرة والصدقة والصلة ومقتضى ما قاله أنه يقبل قوله في حق براءة نفسه لا في حق صاحب الوظيفة لانه أمين فيما في يده فيلزم الضمان في الوقف لانه عامل له وفيه ضرر بالوقف فالافتاء بما قاله العلماء متعين وقول الغزي هو تفصيل في غاية الحسن فليعمل به في غير محله اذ يلزم منه تضمين الناظر له اذا دفع لهم بلا بينة لتعديه فافهم وقوله آنفا واعتمد شيخنا الخ الفتوى على أنه يحلف في هذا الزمان والله تعالى أعلم اهـ (قوله هل للجابي الدعوى الخ) قال الرملي صرح مولانا الشيخ محمد بن سراج الدين في فتاواه أن الجابي المنصوب من جانب الناظر وكيل عن الناظر في القبض فيؤخذ منه أنه يملك الخصومة مع المستأجر في دعوى الاستيفاء لما تقرر أن وكيل القبض

خصم في ذلك فيها هنا مقيد بالجابي المنصوب من جانب الواقف مع الناظر كما اذا شرط ناظرا وجابيا فليس للجابي الدعوى والحالة هذه وفي كلام هذا الشارح اشارة اليه وافهم (قوله وأما بيان ماله الخ) قال الرملي فلو لم يشترط له الواقف شيأ لا يستحق شيأ الا اذا جعل له القاضي أجرة مثل عمله في الوقف فيأخذه على أنه أجرة كما يفهم مما كتبنا فيما يأتي قريبا (قوله والمعهود كالمشروط) قال الرملي فيحمل ما نقله أولا على ما اذا لم يكن معهودا (قوله فهذا يدل على أنه يستحق بالقوامة أجرا) قال الرملي يحمل على ما اذا شرط له شئ أو كان معهودا توفيقا (قوله وجعل له عشر الغلة) قال الرملي أي في مقابلة عمله في الوقف (قوله والظاهر أنه عائد الى قطع المعلوم الخ) قال الرملي المتعين خلاف هذا الظاهر اذ لو حمل عليه لفسد المعنى اذ يرجع والحال هذه الى أنه يقطع اذا شرط له الواقف لا في غيره وهذا فاسد تامل وأقول أيضا كيف يقال هذا وقد قدم أولا قوله فيه ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيأ اه ثم نقل مسئلة الطاحون بعده من غير فصل بين الكلامين ثم أعقبها بقوله فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف الخ وأنت خبير بان المتولي يقطع في زمن التعمير مطلقا اشترط له الواقف أو لم يشترط الا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته ولا تعرض في مسئلة الطاحون للتعمير فعوده لذلك غير متجه بل المتجه الفرق بين ناظر وناظر فتحرر أن الواقف ان عين له شيأ فهو له كثيرا كان أو قليلا على حسب ما شرطه عمل أو لم يعمل الواقف حيث لم يشرطه في مقابلة العمل كما هو مفهوم من قولنا على حسب ما شرطه وان لم يعين له الواقف وعين له القاضي أجرة مثله جاز وان عين أكثر يمنع عنه الزائد عن أجرة المثل هذا ان عمل وان لم يعمل لا يستحق أجرة وبمثله صرح في الاشباه في كتاب الدعوى وان نصبه القاضي ولم يعين له شيأ ينظر ان كان المعهود أن لا يعمل الا باجرة المثل فله أجرة المثل لان المعهود كالمشروط والا فلا شئ له فاغتنم هذا التحرير فانه يجب اليه المصير لانه المفهوم من عباراتهم والمتبادر من كلماتهم وقوله في الفتح فهذه اشارة الى الحكم المذكور في مسئلة الطاحون وقوله كان من جملة الموقوف عليهم أي فيستحق الريع بالشرط لا بالعمل كاستحقاق الموقوف عليهم فانه بالشرط لا بالعمل وهذا هو المتعين في فهم عبارته والله تعالى أعلم

وهل له اجارة المسقف قلت لا الا بتوكيل الناظر وهذه الوظائف انما يبتني حكمها على العرف فيها كما ذكره في فتح القدير في المشرف وأما بيان ماله فان كان من الواقف فله المشروط ولو كان أكثر من أجرة المثل وان كان منصوب القاضي فله أجر مثله واختلفوا هل يستحقه بلا تعيين القاضي فنقل في القنية أولا ان القاضي لو نصب قيما مطلقا ولم يعين له أجرا فسعى فيه سنة فلا شئ له وثانيا ان القيم يستحق أجر مثل سعيه سواء شرط له القاضي أو أهل المحلة أجرا أو لا لانه لا يقبل القوامة ظاهرا الا باجر والمعهود كالمشروط قال وقالوا اذا عمل القيم في عمارة المسجد والوقف كعمل الاجير لا يستحق الاجر لانه لا يستحق له أجر القوامة وأجر العمل فهذا يدل على انه يستحق بالقوامة أجرا اه واذا لم يعمل الناظر لا يستحق شيأ لما في الخانية ولو وقف أرضه على مواليه مثلا ثم مات فجعل القاضي للوقف قيما وجعل له عشر الغلة في الوقف وللوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا يحتاج فيها الى القيم وأصحاب الوقف يقبضون غلتها منه لا يستحق القيم عشر غلتها الان ما يأخذه بطريق الاجرة ولا أجرة بدون العمل اه وفي فتح القدير بعد نقله فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم اه والظاهر انه عائد الى قطع المعلوم في زمن التعمير وأما عدم الاستحقاق عند عدم العمل فلا فرق فيه بين ناظر وناظر وقد تمسك بعض من لا خبرة له بقول قاضيخان وجعل له عشر الغلة في الوقف على ان للقاضي أن يجعل للمتولي عشر الغلات مع قطع النظر عن أجرة المثل وهو غلط قال في القنية عزل القاضي فادعى القيم انه قد أجرى له كذا مشاهرة أو مسانهة وصدقه المعزول فيه لا يقبل الا ببينة ثم ان كان ما عينه أجر مثل عمله أو دونه يعطيه الثاني والا يحط الزيادة ويعطيه الباقي اه فقد أفاد ان القاضي الثاني يحط ما زاد على أجر المثل فافاد عدم صحة تقرير القاضي للناظر معلوما أكثر من أجر المثل فان قلت اذا كان الوقف هلاليا وقد أجال الناظر المستحقين على الحوانيت والبيوت وهم يأخذون من السكان هل يستحق الناظر معلوما قلت لا يستحق معلوما لاجل الهلالي لعدم عمله فيه الا لاجل التعمير كما قدمناه عن قاضيخان في مسئلة الطاحونة وللقيم التوكيل وعزل وكيله وله أن يجعل للوكيل من معلومه شيأ وله قطعه عنه ولو شرط

(قوله ومقتضاه الاثم بتركه) مخالف لما قدمه في الموضع الثالث عن الخصاف أنه يخرجه أو يضم اليه آخر وقدمنا الجواب
بأن المراد بعزله ازالة ضرره عن الوقف واذا حصل ذلك بضم ثقة اليه حصل المقصود (قوله ٢٦٥ وان امتناعه من التعمير خيانة)
قال الرملي اذا كان هناك ما يعمر به من مال الوقف وخيف ضرر بين بتأخير العمارة كما تقدم بيانه (قوله قلت فعلى هذا الخ) قال في النهر بعد نقله كلام العلامة قاسم وأراد بشيخ الاسلام تقي الدين ابن تيمية الحنبلي فانه في موضع آخر عزا هذا الى أبي عبد الله الدمشقي عن شيخه شيخ الاسلام وأبو عبد الله بن مفلح وشيخه هو ابن تيمية وهذا كما ترى لا يلزم أن يكون رأيا للحنفية وأي مانع من أنه كنص الشارع في وجوب العمل به فاذا شرط عليه أداء خدمة كقراءة أو تدريس وجب عليه اما العمل أو الترك لمن يعمل حتى لو لم يعمل أو لم يترك ينبغي أن لا يتردد في اثمه ولا سيما ان كانت الخدمة مما يلزم بتعطيلها ترك شعيرة من شعائر الاسلام كالاذان ونحوه فتدبره اه وقال الرملي قال هذا الشارح في فتاواه

 ويصح أن يكون التشبيه في وجوب العمل أيضا من جهة أن الصرف في الوقف على اتباع شرطه لانه انما أوصى بملكه فهذه الشروط لا بد من مراعاتها وذكر الشارح في كتاب القضاء عند الكلام على قوله واذا رفع اليه حكم قاض أمضاه الخ نقلا عن الاشباه والنظائر للاسيوطي معزيا الى فتاوى السبكي ان قضاء القاضي ينقض عند الحنفية اذا كان

وينزع لو خائنا كالوصي وان شرط أن لا ينزع

الواقف للقيم تفويض أمره بعد مماته مثل ما شرطه له في حياته فجعل القيم بعض معلومه لرجل أقامه قيما وسكت عن الباقي ثم مات يكون لوصيه ما سمى له فقط ويرجع الباقي الى أصل الغلة ولو شرط المعلوم ولم يشرط له أن يجعل لغيره ليس له أن يوصي به ولا بشئ منه لاحد ويجوز له أن يوصي بأمر الوقف وينقطع المعلوم عنه بموته ولو وكل هذا القيم وكيلا في الوقف أو أوصى به الى رجل وجعل له كل المعلوم أو بعضه ثم جن جنونا مطبقا يبطل توكيله ووصايته وما جعل للوصي أو الوكيل من المال ويرجع الى غلة الوقف الا أن يكون الواقف عينه لجهة أخرى عند انقطاعه عن القيم فينفذ فيه حينئذ وقدر الجنون المطبق بما يبقى حولا لسقوط الفرائض كلها عنه ولو عاد عقله عادت الولاية اليه لانها زالت بعارض فاذا زال عاد الى ما كان عليه كذا في الاسعاف (قوله وينزع لو خائنا كالوصي وان شرط أن لا ينزع) أي ويعزل القاضي الواقف المتولي على وقفه لو كان خائنا كما يعزل الوصي الخائن نظرا للوقف واليتيم ولا اعتبار بشرط الواقف أن لا يعزله القاضي والسلطان لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل واستفيد منه أن للقاضي عزل المتولي الخائن غير الواقف بالاولى وصرح في البزازية ان عزل القاضي للخائن واجب عليه ومقتضاه الاثم بتركه والاثم بتولية الخائن ولا شك فيه وفي المصباح وفرقوا بين الخائن والسارق والغاصب بأن الخائن هو الذي خان ما جعل عليه أمينا والسارق من أخذ خفية من موضع كان ممنوعا من الوصول اليه وربما قيل كل سارق خائن دون عكسه والغاصب من أخذ جهارا معتمدا على قوته اه وقدمنا انه لا يعزله القاضي بمجرد الطعن في أمانته ولا يخرجه الا بخيانة ظاهرة بينة وان له ادخال غيره معه اذا طعن في أمانته وانه اذا أخرجه ثم تاب وأناب أعاده وان امتناعه من التعمير خيانة وكذا لو باع الوقف أو بعضه أو تصرف تصرفا غير جائز عالما به وبيناه غاية البيان عند الكلام على نصب القاضي المتولي وانما الكلام الآن في شروط الواقفين فقد أفادوا هنا انه ليس كل شرط يجب اتباعه فقالوا هنا ان اشتراطه أن لا يعزله القاضي شرط باطل مخالف للشرع وبهذا اعلم ان قولهم شرط الواقف كنص الشارع ليس على عمومه قال العلامة قاسم في فتاواه أجمعت الامة ان من شروط الواقفين ما هو صحيح معتبر يعمل به ومنها ما ليس كذلك ونص أبو عبد الله الدمشقي في كتاب الوقف عن شيخه شيخ الاسلام قول الفقهاء نصوصه كنص الشارع يعني في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل مع ان التحقيق ان لفظه ولفظ الموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشرع أم لا ولا خلاف أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعي ونحوه لم يصح اه قال العلامة قاسم قلت واذا كان المعنى ما ذكرنا كان من عبارة الواقف من قبيل المفسر لا يحتمل تخصيصا ولا تأويلا يعمل به وما كان من قبيل الظاهر كذلك وما احتمل وفيه قرينة حمل عليها وما كان مشتركا لا يعمل به لانه لا عموم له عندنا ولم يقع فيه نظر المجتهد لترجح أحد مدلوليه وكذلك ما كان من قبيل المجمل اذا مات الواقف وان كان حيا يرجع الى بيانه هذا معنى ما أفاده اه قلت وعلى هذا اذا ترك صاحب الوظيفة مباشرتها في بعض الأوقات المشروط عليه فيها العمل لا يأثم عند

حكما لا دليل عليه قال وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصا أو ظاهرا اهـ قال هذا الشارح وهذا موافق لقول مشايخنا كغيرهم شرط الواقف كنص الشارع فيجب اتباعه كما في شرح المجمع للمصنف اهـ فهذا يؤيد قوله ويصح أن يكون التشبيه في وجوب العمل أيضا تأمل والله تعالى أعلم اهـ قلت استثنى المؤلف في أشباهه من هذا الأصل مسائل الاولى شرط أن القاضي لا يعزل الناظر فله عزل غير الاهل الثانية شرط أن لا يؤجر وقفه أكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجاره سنة أو كان في الزيادة نفع للفقراء فللقاضي المخالفة دون الناظر الثالثة لو شرط أن يقرأ على قبره فالتعيين باطل الرابعة شرط أن يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل في مسجد كذا كل يوم لم يراع شرطه وللقيم التصدق على سائل غير ذلك المسجد أو خارج المسجد أو على من لا يسأله الخامسة لو شرط للمستحقين خبزا ولحما معينا كل يوم فللقيم أن يدفع القيمة من النقد وفي موضع آخر لهم طلب العين وأخذ القيمة السادسة تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الامام اذا كان لا يكفيه وكان عالما تقيا السابعة شرط الواقف عدم الاستبدال فللقاضي الاستبدال اذا كان أصلح اهـ كلامه (قوله لكن هنا اذا عاد الخ) فلهم لان النظر ههنا الى حالهم يوم القسمة ألا ترى أنه لو وقف على فقراء قرابته وكان فيهم فقراء وأغنياء تكون الغلة للفقراء ثم لو افتقر الاغنياء واستغنى الفقراء تكون الغلة لمن افتقر دون من استغنى ولو لم ينظر الى حالهم يوم القسمة لزم عدم دفع الغلة الى الاغنياء دون الفقراء اسعاف

الله تعالى غايته أنه لا يستحق المعلوم ومن الشروط المعتبرة ما صرح به الخصاف لو شرط أن لا يؤجر المتولي الارض فان اجارتها باطلة وكذا اشتراط أن لا يعامل على ما فيها من نخل وأشجار وكذا اذا شرط أن المتولي اذا أجرها فهو خارج عن التولية فاذا خالف المتولي صار خارجا ويوليها القاضي من يثق بامانته وكذا اذا شرط أنه ان أحدث أحد من أهل هذا الوقف حدثا في الوقف يريد ابطاله كان خارجا اعتبر فان نازع البعض وقال أردت تصحيح الوقف وقال سائر أهل الوقف انما أردت ابطاله نظر القاضي في القوم الذين تنازعوا فان كانوا يريدون تصحيحه فلهم ذلك وان كانوا يريدون ابطاله أخرجهم وأشهدهم على اخراجهم ولو شرط أن من نازع القيم وتعرض له ولم يقل لابطاله فنازعه البعض وقال منعني حقي صار خارجا ولو كان طالبا حقه اتباعا للشرط كما لو شرط أن من طالبه بحقه فللمتولي اخراجه فلو أخرجه ليس له اعادته بدون الشرط ومنها ما لو وقف على أولاده وشرط أن من انتقل الى مذهب المعتزلة صار خارجا فانتقل منهم واحد صار خارجا فان ادعى على واحد منهم بأنه صار معتزليا فالبينة على المدعي والقول للمنكر وكذا لو كان الواقف من المعتزلة وشرط أن من انتقل الى مذهب أهل السنة صار خارجا اعتبر شرطه ولو شرط أن من انتقل من مذهب أهل السنة الى غيره فصار خارجيا أو رافضيا خرج فلو ارتد والعياذ بالله تعالى عن الاسلام خرج المرأة والرجل سواء فلو شرط أن من خرج من مذهب الاثبات الى غيره خرج فخرج واحد ثم عاد الى مذهب الاثبات لا يعود الى الوقف الا بالشرط وكذلك لو عين الواقف مذهبا من المذاهب وشرط أنه ان انتقل عنه خرج اعتبر شرطه وكذا لو شرط أن من انتقل من قرابته من بغداد فلا حق له اعتبر لكن هنا اذا عاد الى بغداد رد الى الوقف ولو شرط وقفه على العميان فالشرط باطل وتكون الغلة للمساكين لان فيهم الغني والفقير وهم لا يحصون وكذا على العوران والعرجان والزمنى اهـ مختصرا ومنها ما في قاضيخان لو وقف على أمهات أولاده وشرط عدم تزوجهن كان الشرط صحيحا فعلى هذا لو شرط في حق الصوفية بالمدرسة عدم التزوج كما بالمدرسة الشيخونية بالقاهرة اعتبر شرطه ومنها ما في الفتاوى أيضا لو شرط الواقف أن لا تؤجر أكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجارها وكانت اجارتها أكثر من سنة انفع للفقراء فليس للقيم أن يؤاجرها أكثر من سنة ولكنه يرفع الامر الى القاضي حتى يؤاجرها القاضي أكثر من سنة لان للقاضي ولاية النظر على الفقراء وعلى الميت أيضا ولو شرط أن لا تؤجر أكثر من سنة الا اذا كان أنفع للفقراء كان للقيم أن يؤاجرها بنفسه أكثر من سنة اذا كان رأى ذلك خيرا ولا يحتاج الى القاضي اهـ وبهذا ظهر أن الشرائط الراجعة الى الغلة وتحصيلها لا يقدر المتولي على مخالفتها ولو كان أصلح للوقف وانما يخالفها القاضي وهذا بخلاف ما لم يرجع الى الغلة فانه لا يجوز مخالفة القاضي كما قدمناه في تقرير القاضي فراشا للمسجد بغير شرط الواقف فانه غير جائز وفي القنية وقف على المتفقهة حنطة فيدفعها القيم دنانير

فلهم طلب الحنطة ولهم أخذ الدنانير ان شاؤا اهـ وبهذا يعلم ان الخيار للمستحقين في أخذ الخبز المشروط لهم أو قيمته وظاهره انه لا خيار للمتولي وانه يجبر على دفع ما شاؤا وفي القنية يجوز صرف شئ من وجوه مصالح المسجد الى الامام اذا كان يتعطل لو لم يصرف اليه يجوز صرف الفاضل عن المصالح الى الامام الفقير باذن القاضي لا بأس بأن يعين شيأ من مسبلات المصالح للامام زيد في وجه الامام من مصالح المسجد ثم نصب امام آخر فله أخذه ان كانت الزيادة لقلة وجود الامام وان كان لمعنى في الامام الاول نحو فضله أو زيادة حاجة فلا تحل للثاني قال الامام للقاضي ان مرسومي المعين لا يفي بنفقتي ونفقة عيالي فزاد القاضي في مرسومه من أوقاف المسجد بغير رضا أهل المحلة والامام مستغن وغيره يؤم بالمرسوم المعهود تطيب له الزيادة اذا كان عالما تقيا اهـ ثم قال اذا شرط الواقف أن يعطى غلتها من شاء أو قال على أن يضعها حيث شاء فله أن يعطى الاغنياء وفيها من باب الوقف الذي مضى زمن صرفه ولم يصرفه الى المصرف ماذا يصنع به وقف مستغلا على أن يضحي عنه بعد موته من غلته كذا شاة كل سنة وقفا صحيحا ولم يضح القيم عنه حتى مضت أيام النحر يتصدق به وفيها باب تصرفات القيم من التبديل وتغيير الشروط ونحوها قال أبو نصر الدبوسي رحمه الله اذا جعل الوقف على شراء الخبز والثياب والتصدق بها على الفقراء يجوز عندي بأن يتصدق بعين الغلة من غير شراء خبز ولا ثوب لان التصدق هو المقصود حتى جاز التقرب بالتصدق دون الشراء ولو وقف على أن يشتري بها الخيل والسلاح على محتاجي المجاهدين جاز التصدق بعين الغلة كالخبز والثياب وان شرط أن يسلمه الخيل والسلاح فيجاهد من غير تمليك ويسترد ممن أحب ثم يدفع الى من أحب جاز الوقف ويستوى فيه الغني والفقير ولا يجوز التصدق بعين الغلة ولا بالسلاح بل يشتري الخيل والسلاح ويبذلها لاهلها على وجهها لان الوقف وقع للاباحة لا للتمليك وكذا لو وقف على شراء النسم وعتقها جاز ولم يجز اعطاء الغلة وكذا لو وقف ليضحي أو ليهدي الى مكة فيذبح عنه في كل سنة جاز وهو دائم أبدا وكذا كل ما كان من هذا الجنس يراعي فيه شرط الواقف كما لو نذر بعتق عبده أو بذبح شاته أضحية لم يتصدق بقيمته وعليه الوفاء بما سمى ولو نذر أن يتصدق بعبده على الفقراء أو شاته أو ثوبه جاز التصدق بعينه أو بقيمته ولو وقف على محتاجي أهل العلم أن يشتري لهم الثياب والمداد والكاغد ونحوها من مصالحهم جاز الوقف وهو دائم لان للعلوم طلابا الى يوم القيامة ويجوز مراعاة الشرط ويجوز التصدق عليهم بعين الغلة ولو وقف ليشتري به الكتب ويدفع الى أهل العلم فان كان تمليكا جاز التصدق بعين الغلة وان كان اباحة واعارة فلا وقف على من يقرأ القرآن كل يوم منا من الخبز وربعا من اللحم فللقيم أن يدفع اليهم قيمة ذلك ورقا ولو وقف على أن يتصدق بفاضل غلة الوقف على من يسأل في مسجد كذا كل يوم فللقيم أن يتصدق به على السؤال في غير ذلك المسجد أو خارج المسجد أو على فقير لا يسأل قال رضي الله عنه الاولى عندي أن يراعى في هذا الاخير شرط الواقف اهـ فان قلت هل الوصف في الموقوف عليهم كصريح الشرط كما لو وقف على امام حنفي قلت نعم فلا يجوز

(قوله وبهذا يعلم الخ) أقول فيه نظر لان ثبوت طلب الحنطة لهم لكونها أصل المشروط لهم وأما ان لهم أخذ الدنانير فهو لكون القيم رضي بذلك فاذا رضوا أيضا بأخذها بدلا عن أصل المشروط لهم جاز ذلك ولا يدل ذلك على أن لهم استبدال المشروط لهم بالدنانير سواء رضي القيم أو لا تأمل (قوله وفي القنية يجوز صرف شئ الخ) أي اذا اتحد الواقف والجهة كما مر في آخر قوله ويبدأ من غلة الوقف بعمارته في قوله السادس عشر (قوله قال الامام للقاضي ان مرسومي الخ) قال الرملي (عش) في وجوه الامامة قلة فزاد أهل المحلة داراله من مسبلات المسجد وحكم الحاكم به لا ينفذ نقله الزاهدي في قنيته وكذا في حاويه قال المؤلف في رسالته القول النقي ناقلا عن التتارخانية ولو كان للامام معلوم فزادوه وحكم بذلك حاكم هل ينفذ حكمه قال لا اهـ وهو موافق لما في الحاوي قال في الرسالة المذكورة فهذا يفيد منع الزيادة في المعاليم الواقعة في زماننا اذا كانت خارجة عن شرط الواقفين وان حكم القاضي ليس بنافذ فيها فمن جعل الامر للقاضي مطلقا فقد زاد في الشريعة برأيه وأفسد الدين بسوء فهمه فالواجب على كل حاكم ردعه وعلى كل مسلم منعه اهـ أقول يجب تقييده بما اذا لم يتعطل المسجد بقلة المرسوم عن الامامة وينبغي أن يكون الخلاف فيما اذا كان الذي يقبل القليل عالما تقيا أما من لم يكن كذلك بأن كان جاهلا فاسقا فهو كالعدم وقد صرح في الاشباه بجواز الزيادة بقوله تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الامام اذا كان لا يكفيه وكان عالما تقيا

تقرير غير الحنفي قال في القنية وقف ضيعته على أولاده الفقهاء وأولاد أولاده ان كانوا فقهاء ثم مات أحدهم عن ابن صغير تفقه بعد سنين لا يوقف نصيبه ولا يستحق قبل حصول تلك الصفة وانما يستحق الفقيه وان كان واحدا اهـ والله أعلم

﴿فصـــل﴾ لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف أفرده بفصل على حدة وأخره (قوله ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه واذا صلى فيه واحد زال ملكه) أما الافراز فانه لا يخلص لله تعالى الا به وأما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد فيشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أولانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد لان فعل الجنس يتعذر فيشترط أدناه وعن محمد تشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد مبني لذلك في الغالب وصححها الزيلعي تبعا لما في الخانية لان قبض كل شئ وتسليمه يكون بحسب ما يليق به وذلك في المسجد باداء الصلاة بالجماعة أما الواحد يصلي في كل مكان وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق والحاصل ان المسجد تخالف لمطلق الوقف عند الكل أما عند الاول فلا يشترط القضاء ولا التعليق بالموت وأما عند الثاني فلا يجوز في المشاع وأما عند الثالث فلا يشترط التسليم الى المتولي أطلق الواحد فشمل الباني وهو قول البعض والاصح انه لا يكفي لان الصلاة انما تشترط لاجل القبض على العامة وقبضه لا يكفي فكذا صلاته كذا في الخانية وشمل ما اذا صلى واحد بغير أذان واقامة وهو ظاهر الرواية كذا في الخانية ولو قال المصنف رحمه الله ومن جعل أرضه مسجدا بدل قوله ومن بنى لكان أولى لانه لو كان له ساحة لا بناء فيها فأمر قومه أن يصلوا فيها بجماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة فيها بالجماعة ولم يذكر أبدا الا أنه أراد بها الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات تكون ميراثا عنه لانه لا بد من التأبيد والتوقيت ينافي التأبيد كذا في الخانية وأفاد باشتراط الصلاة فيه انه لو بنى مسجدا وسلمه الى المتولي لا يصير مسجدا بالتسليم الى المتولي وهو قول البعض واختاره شمس الائمة السرخسي لان قبض كل شئ يكون بما يليق به كقبض الخان يكون بنزول واحد من المارة فيه باذنه وفي الحوض والبئر والسقاية بالاستقاء وقال بعضهم يصير مسجدا كسائر الاوقاف كذا في الخانية وفي فتح القدير والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم اليه تعالى لرفع يده عنه فكأنه لم يطلع على تصحيح وفي الاختيار والصحيح انه يصير مسجدا وكذا اذا سلمه الى القاضي أو نائبه كذا في الاسعاف وقيد باذن الباني لان متولي المسجد اذا جعل المنزل الموقوف على المسجد مسجدا وصلى فيه سنين ثم ترك الصلاة فيه وأعيد منزلا مستغلا جاز لان المتولي وان جعله مسجدا لا يصير مسجدا كذا في الخانية وأطلق في المسجد فشمل المتخذ لصلاة الجنازة أو العيد وفي الخانية مسجد اتخذ لصلاة الجنازة أو لصلاة العيد هل يكون له حكم المسجد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون مسجدا حتى لو مات لا يورث عنه وقال بعضهم ما اتخذ لصلاة الجنازة فهو مسجد لا يورث عنه وما اتخذ لصلاة العيد لا يكون مسجدا مطلقا وانما يعطى له حكم المسجد في صحة الاقتداء بالامام وان كان منفصلا عن الصفوف وأما فيما سوى ذلك فليس له حكم المسجد وقال بعضهم له حكم المسجد حال أداء الصلاة لا غير وهو والجبانة سواء ويجنب هذا المكان كما يجنب المسجد احتياطا اهـ فأفاد بالاقتصار على الشروط الثلاثة انه لا يحتاج في جعله مسجدا الى

﴿فصـــل﴾ ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه

﴿فصل في أحكام المساجد﴾

(قوله وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) يعني وبالصلاة فيه ففي الذخيرة ما نصه وبالصلاة بجماعة يقع التسليم بلا خلاف حتى أنه اذا بنى مسجدا وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة فانه يصير مسجدا (قوله وأفاد الخ) دفع هذا في النهر بان الصلاة فيه نائبة عن تسليمه الى المتولي فاذا صار مسجدا بالنائب فبالاصل وهو التسليم أولى فليراجع

قوله وقفته ونحوه لان العرف جار بالاذن فى الصلاة على وجه العموم والتخليـة بكونه وقفا على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه أو نثر نثارا كان اذنا فى أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفـقراء لم تجر عادة فيـه بالتخلية والاذن بالاستغلال ولو جرت به فى عرف اكتفينا بذلك كمسئلتنا وبقولنا قال مالك وأحمد خلافا للشافعى وأفاد أيضا انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد ذكر فى فتح القدير ان هذا مقتضى كلامهم ولم يعزه الى النقل وفى الحاوى القدسى ومن بنى مسجدا فى أرض مملوكة له الى آخره فافاد ان من شرطه ملك الارض ولذا قال فى الخانية ولو أن سلطانا أذن لقوم أن يجعلوا أرضا من أراضى البلدة حوانيت موقوفة على المسجد أو أمرهم أن يزيدوا فى مسجدهم قالوا ان كانت البلدة فتحت عنوة وذلك لا يضر بالمارة والناس ينفذ أمر السلطان فيها وان كانت البلدة فتحت صلحا لا ينفذ أمر السلطان لان فى الاول تصير ملكا للغانمين فجاز أمر السلطان فيها وفى الثانى تبقى على ملك ملاكها فلا ينفذ أمره فيها اهـ ولذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد كذا فى فتح القـدير وأشار باطلاق قوله ويأذن للناس فى الصلاة انه لا يشترط أن يقول أذنت فيـه بالصلاة جماعة أبدا بل الاطلاق كاف لكن لو قال صلوا فيه جماعة صلاة أو صلاتين يوما أو شهرا لا يكون مسجدا كما صرح به فى الذخيرة وقدمناه عن الخانيـة فى الرحمة وفى القنيـة اختلف فى مسجد الدار والخان والرباط انه مسجد جماعة أم لا والاصح ما روى عن أبى يوسف انه اذا أغلق باب الدار فهو مسجد جماعة للجماعة التى فى الدار اذا لم يمنعوا غيرهم من الصلاة فيـه فى سائر الاوقات لان مسجد الزقاق الذى ليس بنافذ مسجد جماعة فان صلوا فيه فى وقت أغلقوا باب الزقاق كذا هذا وعنه ان كان فيه جماعة ممن فى الدار بعد الاغلاق لا يمنعون غيرهـم فى الاوقات الاخر فهو مسجد جماعة والا فلا (فخ) مثله وعن محمود الاوزجندى لا يجوز الاعتكاف فى مسجد زقاق غير نافذ لان طريقه مملوك لاهله الا اذا كان له حائط الى طريق نافذ فحينئذ يمكن التطرق اليه من حق العامة فيخلص لله تعالى فيصير مسجدا قال رضى الله تعالى عنه والذى اختاره (فخ) أصح وقـد رأينا ببخارى وغيرها فى دور وسكك فى أزقة غـير نافذة من غير شك الائمة والعوام فى كونها مساجد فعلى هذا المساجد التى فى المدارس بجرجانية خوارزم مساجد لانهم لا يمنعون الناس من الصلاة فيها واذا أغلقت يكون فيها جماعة من أهلها اهـ وقد قدمنا شيأ من أحكام المسجد عند قوله ولا نقشه بالجص وماء الذهب من مكروهات الصلاة وفى المجتبى لا يجوز لقيم المسجد أن يبنى حوانيت فى حد المسجد أو فنائه قيم يبيح فناء المسجد ليتجر فيه القوم أو يضع فيه سررا أجرها ليتجر فيها الناس فلا بأس اذا كان لاصلاح المسجد و يعذر المستاجر ان شاء الله تعالى اذا لم يكن ممر العامة وفناء المسجد ما كان عليه ظلة المسجد اذا لم يكن ممر العامة المسلمين ولا يجوز صرف تلك الاجرة الى نفسه ولا الى الامام بل يتصـدق به على الفقراء ولا بأس للقيم أن يخلط غلة أوقاف المسجد المختلفة اتحد الواقف أو اختلف عن مشايخ بلخ مسجد له أوقاف ولا قيم فيـه فجمع بعض أهل محلته غلاتها وأنفقها فى حصره وادهانه وحشيشه لم يضمن ديانة استحسانا ولو ثبت عند الحاكم ضمنه وفى توليـة أهـل المحلة قيما على أوقافه بدون اذن القاضى اختلاف المشايخ فى فتاوى الفضلى وأفتى مشايخنا المتقدمون انه يصير متوليا ثم اتفق المتأخرون واستاذونا ان الافضـل أن ينصبوا متوليا ولا يعلموا به القاضى فى زماننا لطمع القضاة فى أموال الاوقاف تنازع أهـل المحلة والبانى فى عمـارته

(قوله لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيـد) قال فى النهر ولقـائل أن يقول اذا قال جعلتـه مسجدا فالعـرف قاض وماض بزواله عن ملكه أيضا غير متوقف على القضاء وهذا هو الذى لا ينبغى أن يتردد فيه (قوله فافاد أن من شرطـه ملك الارض) مخالف لما نقله عن الطرسوسى عند قول المصـنف ومنقول فيه تعامل من أنه يجوز بناؤه فى الارض الموقوفـة المسـتأجرة (قوله لان فى الاول الخ) مفاده هذا التعليل أن المراد بالاول أى المفتوح عنوة ما اذا كان لم يقسم بين الغانمين لان الملك فيه لجملتهم أما بعد القسـمة فكل من وقع له شئ ملكه ملكا حقيقة فصار مثل الثانى وهو ما لو فتحت صلحا وأقر أهلها عليها هذا ما ظهر لى (قوله لـكن لو قال صلوا فيـه جماعة صـلاة أو صلاتين يوما أو شـهرا لا يكون مسجدا) قال

أو نصب المؤذن أو الامام فالاصح ان البانى أولى به الا أن يريد القوم ما هو أصلح منه وقيل البانى بالمؤذن أولى وان كان فاسقا بخلاف الامام والبانى أحق بالامامة والاذان وولده من بعده وعشيرته أولى بذلك من غيرهم وفى المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان البانى أولى بجميع مصالح المسجد ونصب الامام والمؤذن اذا تأهل للامامة اهـ وفى القنية من آخر الوقف بعث شمعا فى شهر رمضان الى مسجد فاحترق وبقى منه ثلثه أو دونه ليس للامام ولا للمؤذن أن يأخذ بغير اذن الدافع ولو كان العرف فى ذلك الموضع ان الامام والمؤذن يأخذه من غير صريح الاذن فى ذلك فله ذلك اهـ وفيها وكرهوا احداث الطاقات فى المساجد روى ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه قيم الجامع القديم آجر موضعا تحت ظلة الباب لبعض الصكاكين لا يصح لا يجوز ازالة الحائط التى بين المسجدين ليجعلهما واحدا اذا لم يكن فيه مصلحة ظاهرة وكذا رفع صفته ويضمن القيم ما أنفق فيه من مال المسجد بنى فى فنائه فى الرستاق دكانا لاجل الصلاة يصلون فيه بجماعة كل وقت فله حكم المسجد ولا يوضع الجذع على جدار المسجد ان كان من أوقافه اهـ وفيها من الكراهية ولو كان الى المسجد مدخل من داره موقوفة لا بأس للامام أن يدخل للصلاة من هذا الباب لانه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل من حجرته الى المسجد له فى المسجد موضع معين يواظب عليه وقد شغله غيره قال الاوزاعى له أن يزعجه وليس له ذلك عندنا ويكره تخصيص مكان فى المسجد لنفسه لانه يخل بالخشوع لا حرمة لتراب المسجد اذا جمع وله حرمة اذا بسط له متاع فى المسجد يخاف عليه فانه يتيمم ويدخل فى الصلاة واذا ضاق المسجد كان للمصلى أن يزعج القاعد من موضعه ليصلى فيه وان كان مشتغلا بالذكر أو الدرس أو قراءة القرآن أو الاعتكاف وكذا لاهل المحلة أن يمنعوا من ليس منهم عن الصلاة فيه اذا ضاق بهم المسجد أهل المحلة قسموا المسجد وضربوا فيه حائطا ولكل منهم امام على حدة ومؤذنهم واحد لا بأس به والاولى أن يكون لكل طائفة مؤذن كما يجوز لاهل المحلة أن يجعلوا المسجد الواحد مسجدين فلهم أن يجعلوا المسجدين واحدا لاقامة الجماعة اما للتذكير أو للتدريس فلا لانه ما بنى له وان جاز فيه وفى شرح الآثار ان البيع وخصف النعل وانشاد الشعر مما كان لا يعم المسجد من هذا غير مكروه وما يعمه منه أو يغلبه فمكروه ويجوز الدرس فى المسجد وان كان فيه استعمال اللبود والبوارى المسبلة لاجل المسجد لو علم الصبيان القرآن فى المسجد لا يجوز ويأثم وكذا التأديب فيه أى لا يجوز التأديب فيه اذا كان بأجر وينبغى أن يجوز بغير أجر وأما الصبيان فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وكذا لا يجوز التعليم فى دكان فى فناء المسجد هذا عند أبى حنيفة وعندهما يجوز اذا لم يضر بالعامة أصابه البرد الشديد فى الطريق فدخل مسجدا فيه خشب الغير ولو لم يوقد نارا يهلك فخشب المسجد فى الايقاد أولى من غيره يجوز ادخال الحبوب وأثاث البيت فى المسجد للخوف فى الفتنة العامة اهـ وفيها من الوقف اتخذ مسجدا على انه بالخيار جاز المسجد والشرط باطل جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس فى الدخول والصلاة فيه ان شرط معه الطريق صار مسجدا فى قولهم والا فلا عند أبى حنيفة وقالا يصير مسجدا ويصير الطريق من حقه من غير شرط كالو أجر أرضه ولم يشترط الطريق اهـ وفى الاسعاف وليس لمتولى المسجد أن يحمل سراج المسجد الى بيته ولا بأس بأن يترك سراج المسجد فيه من المغرب الى وقت العشاء ولا يجوز أن يترك فيه كل الليل الا فى موضع جرت العادة فيه بذلك كمسجد بيت المقدس ومسجد النبى صلى الله عليه وسلم والمسجد الحرام أو شرط الواقف

شيخ علاء الدين فى شرح
للتنقى لعله مفرع على
ن التوقيت مبطل وقد
الف فيه قاضيخان كما
فتدبر اهـ ويؤيده
ول الاسعاف لانه لابد
ن التابيد والتوقيت
افيه

ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجدا وأذن الناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه

(قوله ويكره أن يكون محراب المسجد نحو المقبرة الخ) هذا اذا لم يكن حائل كجدار أما معه فلا كراهة كما ذكره في شرح منية المصلي

ترك فيه كل الليل كما جرت العادة به في زماننا ويجوز الدرس بسراج المسجد ان كان موضوعا فيه لا للصلاة بان فرغ القوم من الصلاة وذهبوا الى بيوتهم وبقي السراج فيه قالوا لا بأس بان يدرس بنوره الى ثلث الليل لانهم لو أخروا الصلاة الى ثلث الليل لا بأس به فلا يبطل حقه بتعجيلهم وفيما زاد على الثلث ليس لهم تأخيرها فلا يكون لهم حق الدرس ولو أن قوما بنوا مسجدا وفضل من خشبهم شئ قالوا يصرف الفاضل في بنائه ولا يصرف الى الدهن والحصر هذا اذا سلموه الى المتولى ليبنى به المسجد والا يكون الفاضل لهم يصنعون به ما شاؤا ولو جمع مالا لينفقه في بناء المسجد فانفق بعضه في حاجته ثم رد بدله في نفقة المسجد لا يسعه أن يفعل ذلك فاذا فعله وكان يعرف صاحبه ضمن له بدله أو استأذنه في صرف عوضه في المسجد وان كان لا يعرفه رفع الامر الى القاضي ليأمره بانفاق بدله فيه وان لم يمكنه الرفع اليه قالوا نرجو له في الاستحسان الجواز اذا أنفق مثله في المسجد ويخرج عن العهدة فيما بينه وبين الله تعالى اه وفي البزازية أرادوا نقض المسجد وبناءه أحكم من الاول ان لم يكن البانى من أهل المحلة ليس لهم ذلك وان كان من أهل المحلة لهم ذلك اه وفي الحاوي ولا بأس أن يدخل الكافر وأهل الذمة المسجد الحرام وبيت المقدس وسائر المساجد لمصالح المسجد وغيرها من المهمات ويكره أن يكون محراب المسجد نحو المقبرة أو الميضأة أو الحمام ويكره التوضؤ في المسجد كالبزق والمخط لما فيه من الاستخفاف وكذا يكره أن يتخذ طريقا أو يحدث فيه حديث الدنيا أو يشهر فيه السلاح فان كان معه شئ منه يستحب أن يأخذ بنصله ويكره الدخول فيه بغير طهارة واذا رأى حشيش المسجد فرفعه انسان جاز ان لم يكن له قيمة فان كان له أدنى قيمة لا يأخذه الا بعد الشراء من المتولى أو القاضي أو أهل المسجد أو الامام وكذا الجنائز العتق أو الحصر المقطعة والمنابر والقناديل المكسرة والاولى أن تكون حيطان المسجد أبيض غير منقوشة ولا مكتوب عليها ويكره أن تكون منقوشة بصور أو كتابة اه (قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه) لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به والسرداب بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره كذا في فتح القدير وفي المصباح السرداب المكان الضيق يدخل فيه والجمع سراديب اه وحاصله ان شرط كونه مسجدا أن يكون سفله وعلوه مسجدا لينقطع حق العبد عنه لقوله تعالى وأن المساجد لله بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وهناك روايات ضعيفة مذكورة في الهداية وبما ذكرناه علم انه لو بنى بيتا على سطح المسجد لسكنى الامام فانه لا يضر في كونه مسجدا لانه من المصالح فان قلت لو جعل مسجدا ثم أراد أن يبني فوقه بيتا للامام أو غيره هل له ذلك قلت قال في التتارخانية اذا بنى مسجدا وبنى غرفة وهو في يده فله ذلك وان كان حين بناه خلى بينه وبين الناس ثم جاء بعد ذلك يبني لا يتركه وفي جامع الفتاوى اذا قال عنيت ذلك فانه لا يصدق اه فاذا كان هذا في الواقف فكيف بغيره فمن بنى بيتا على جدار المسجد وجب هدمه ولا يجوز أخذ الاجرة وفي البزازية ولا يجوز للقيم أن يجعل شيئا من المسجد مستغلا ولا مسكنا وقدمناه ولم يذكر المصنف حكم المسجد بعد خرابه وقد اختلف فيه الشيخان فقال محمد اذا خرب وليس له ما يعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء مسجد آخر أو لخراب القرية أو لم يخرب لكن خربت القرية بنقل أهلها واستغنوا عنه فانه يعود الى ملك الواقف أو ورثته وقال أبو

(قوله وأما الحصير والقناديل الخ) قال الرملى وقال محمد كل ذلك الذى وقفه وبسطه يتصرف فى ذلك كيف شاء قال بعضهم والفتوى على قول محمد وان لم يعلم الواقف ولا وارثه لا بأس لاهل المسجد أن يدفعوه الى فقير ولهم أن يبيعوه ثم يبتاعوا بثمنه حصيرا آخر والصحيح أنه لا يجوز بيعهم الا باذن القاضى فان لم يكن هناك قاض جاز بيعهم أقول قوله والصحيح أنه لا يجوز الخ قال بعض المتأخرين الصحيح أنه يجوز بغير اذن لما علم من فساد قضاة هذا الزمان فانه ربما باعه القاضى وأكل ثمنه وقد شاهدنا منهم ما هو أعظم من هذا ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم (قوله فقول من قال فى جنس هذه المسائل نظر) بين المؤلف وجه النظر قبيل قول المتن ولا يقسم بأن الوقف بعدما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف (قوله غير واقع موقعه اه) أى

يوسف هو مسجد أبدا الى قيام الساعة لا يعود ميراثا ولا يجوز نقله ونقل ماله الى مسجد آخر سواء كانوا يصلون فيه أولا وهو الفتوى كذا فى الحاوى القدسى وفى المجتبى وأكثر المشايخ على قول أبى يوسف ورجح فى فتح القدير قول أبى يوسف بأنه الاوجه قال وأما الحصر والقناديل فالصحيح من مذهب أبى يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد وفى الخلاصة قال محمد فى الفرس اذا جعله حبيسا فى سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كما فى المسجد وان لم يعلم صاحبه يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا فى محلة ومات أهلها كلهم لا ترد الى الورثة بل تحمل الى مكان آخر فان صح هذا عن محمد فهو رواية فى البوارى والحصر أنها لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلوانى فى المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه تصرف أوقافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم انه يتفرع على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته به انه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لابى يوسف وكذا حانوت فى سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ ألبتة يخرج عن الوقفية وكذا فى حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به عاد لورثته فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل فى هذه الارض فالبناء للبانى وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال فى جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه اه وأراد الرد على الصدر الشهيد وأقول بل النظر واقع موقعه لان الفتوى على قول أبى يوسف فى المسجد فكذا فيما يبتنى عليه ومحمد يقول بجواز الاستبدال عند الخراب فكيف ينقل عنه القول ببطلان الوقفية فى مسئلة الحانوت ولقد رجع فى فتح القدير الى الحق حيث قال وفى الفتاوى الظهيرية سئل الحلوانى عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى أن يبيعها ويشترى بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وعلى هذا فينبغى أن لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله أو خرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشترى بثمنه وقف يستغل

اه كلام الفتح (قوله وأقول بل النظر واقع موقعه) قال الرملى ما ادعاه من التدافع بين كلام محمد غير واقع لان بيعه انما هو رواية هشام عن محمد وعدم جواز البيع هو المذكور فى السير الكبير وعليه تفرع عوده الى ملك الواقف أو ورثته فلا تدافع نعم المعمول به ما رواه هشام كما مر عن الظهيرية والله تعالى هو الموفق كذا فى النهر (قوله ولقد رجع فى فتح القدير الى الحق) انظر ما المراد بهذا الحق الذى رجع اليه وما الباطل الذى رجع عنه ولعل المؤلف فهم من قول الفتح واعلم أنه يتفرع على الخلاف الى قوله عند محمد خلافا لابى يوسف أنه جرى على قول محمد كما يشعر به رده على الصدر الشهيد حيث نظر فى هذه المسائل المبنية على قول محمد مع أنه فى الفتح رجح ولو أولا قول أبى يوسف بأنه أوجه ولكن يبقى الكلام فى قوله ولقد رجع الى الحق فان ما ذكره هنا هو أيضا على قول محمد تأمل (قوله بل اذا صار بحيث لا ينتفع به) حاصل هذا كما يعلم من سابق كلامه ولاحقه أن الارض اذا كانت للغلة لا تخرج عن الانتفاع بالكلية بالخراب بل الاستغلال حاصل بعده بايجارها للبناء أو الغراس بخلاف المعدة للسكنى ونحو الرباط والحانوت فانها بالخراب تخرج عما قصده الواقف فلا ينبغى أن يفتى على قول محمد برجوع الوقف الى ملك الواقف أو ورثته مطلقا لكن يرد عليه أن محمدا قائل بعود المسجد بعد خرابه أو تفرق أهل القرية الى الملك مع أن احتمال عود العمارة قائم وقد يصلى فيه المجتازون

كما ذكره من جهة أبي يوسف أراد على محمد (قوله وقال بعضهم لا يجوز الا باذن القاضي وهو الصحيح) لا تنس ما قدمنا آنفا عن الرملي (قوله وأما قياسه في فتح القدير الحصير الخ) أي حيث قال فيما سبق فان صح هذا عن محمد فهو رواية في البواري والحصر أنها لا تعود الى الوارث والاشارة بقوله فان صح هذا الى الجنازة والملاءة والمغتسل فقد جعل الرواية في هذه الثلاثة رواية في الحصير وقد فرق بينهما في الخانية فانه فيما مر آنفا جعل الفتوى على قول محمد في آلات المسجد اذا خرب من أنها تعود الى الملك وفي الجنازة ونحوها مشى على أنها لا تعود لكن لا يخفى أن التعليل بكونه مما ينقل يشمل الكل فليتأمل ثم رأيت ما ذكره في الفتح مذكورا في الذخيرة عن واقعات الصدر الشهيد حيث نقل أولا ما ذكره المؤلف هنا عن الخانية مع الفرق المذكور ثم قال وفي هذه الفصول نوع اشكال وينبغي أن يعود الى ملك الوارث عند محمد على قياس مسئلة ٢٧٣ الحصر والبواري ولئن صح هذا عن محمد تصير هذه المسائل رواية في الحصير والبواري أنه لا يعود الى ملك الوارث (قوله وفي القنية حوض الخ) وفي الخانية رباط بعيد استغنى عنه المارة وبجنبه رباط آخر قال السيد الامام أبو شجاع تصرف غلته الى الرباط الثاني كالمسجد اذا خرب واستغنى عنه أهل القرية فرفع ذلك الى القاضي فباع الخشب وصرف الثمن الى مسجد آخر جاز وقال بعضهم اذا خرب الرباط أو المسجد واستغنى الناس عنهما يصير ميراثا وكذا حوض العامة اذا خرب اه لكن ذكر الشرنبلالي في رسالته أن هذا مخالف لما مر عن الحاوي وغيره فهو خلاف المفتى به وخلاف الصحيح المذكور في خزانة المفتين قال وبذلك تعلم فتوى بعض المشايخ في عصرنا بما يخالف ذلك مما ذكره في القنية وغيرها بل ومن كان قبلهم كالشيخ الامام أمين الدين محمد بن عبد العال والشيخ الامام أحمد بن يونس الشلبي والشيخ زين بن نجيم والشيخ محمد الوفائي فمنهم من أفتى بنقل بناء المسجد ومنهم من أفتى بنقله ونقل ماله الى مسجد آخر وقد مشى الشيخ الامام محمد بن سراج الدين الحانوتي على القول المفتى به من عدم نقل بناء المسجد ولم يوافق المذكورين اه لكن الشرنبلالي جعل ما ذكر خاصا بالمسجد أما الحوض والبئر ونحوهما فقال يجوز نقله الى آخر كالحصير تأمل هذا وقد وقعت هذه الحادثة سئلت عنها في أمير أراد نقل أحجار من مسجد خراب في سفح جبل قاسيون في دمشق وأراد أن يبلط بها صحن الجامع الاموي وأفتيت بأنه ليس له ذلك ثم بلغني أن بعض المتغلبين نقل الاحجار المذكورة الى عمارة داره فندمت على ما أفتيت به ثم رأيت الآن في الذخيرة قال وفي فتاوى النسفي سئل شيخ الاسلام

ولو كانت غلته دون غلة الاول وفي فتاوى قاضيخان وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر بشيء قليل يبقى أصله وقفا اه ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد وقف لاستغلال الجماعة المسلمين اه ما في الفتح وفي الخانية رجل بسط من ماله حصيرا للمسجد فخرب المسجد ووقع الاستغناء عنه فان ذلك يكون له ان كان حيا ولوارثه ان كان ميتا وان بلي ذلك كان له أن يبيع ويشتري بثمنه حصيرا آخر وكذا لو اشترى حشيشا أو قنديلا للمسجد فوقع الاستغناء عنه كان ذلك له ان كان حيا ولوارثه ان كان ميتا وعند أبي يوسف يباع ذلك ويصرف ثمنه الى حوائج المسجد فان استغنى عنه هذا المسجد يحول الى مسجد آخر والفتوى على قول محمد ولو كفن ميتا فافترسه سبع فان الكفن يكون للمكفن ان كان حيا ولوارثه ان كان ميتا ولو أن أهل المسجد باعوا حشيش المسجد أو جنازة أو نعشا صار خلقا ومن فعل ذلك غائب اختلفوا فيه قال بعضهم يجوز والاولى أن يكون باذن القاضي وقال بعضهم لا يجوز الا باذن القاضي وهو الصحيح اه وبه علم أن الفتوى على قول محمد في آلات المسجد وعلى قول أبي يوسف في تأبيد المسجد وأما قياسه في فتح القدير الحصير على الجنازة والنعش فغير صحيح لما في الخانية اذا وقف جنازة أو نعشا أو مغتسلا وهو التور العظيم في محلة خربت المحلة ولم يبق أهلها قالوا لا ترد الى ورثة الواقف بل تحول الى محلة أخرى أقرب الى هذه المحلة فرقوا بين هذا وبين المسجد اذا خرب ما حوله على قول محمد يصير ميراثا لان المسجد مما لا ينقل الى مكان آخر وهذه الاشياء مما تنقل اه وفي القنية حوض أو مسجد خرب وتفرق الناس عنه فللقاضي أن يصرف أوقافه الى مسجد آخر ولو خرب أحد المسجدين في قرية واحدة فللقاضي صرف خشبه الى عمارة المسجد

الآخر اذا لم يعلم بانيه ولا وارثه وان علم يصرفها هو بنفسه قلت ان شاء ولو خرب الحوض العام فكبسه انسان وبنى عليه حوانيت فللقاضي أن يأخذ اجر مثل الارض ويصرفه الى حوض آخر من تلك القرية اه (قوله ومن بنى سقاية أو خانا أو رباطا أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم) يعنى عند أبي حنيفة لانه لم ينقطع عنه حق العبد الا ترى ان له أن ينتفع به ويسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند أبى يوسف يزول ملكه بالقول كما هو أصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وفى فتاوى قاضيخان ونأخذ فى ذلك بقول أبى يوسف وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما فى المسجد فقد منا الخلاف فيما اذا سلمه الى المتولى والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقد قيل انه بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان على خلاف العادة ولو جعل داراله بمكة سكنى لحاج بيت الله الحرام والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان فى الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الفقير والغنى والفارق هو العرف بين الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى النزول والشرب والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه كذا فى الهداية وبما قررناه علم ان اقتصار المصنف على حكم الحاكم ليس بجيد لان الاضافة الى ما بعد الموت كالحكم وهى وصية فلا تلزم الا بعد الموت وله الرجوع عنها فى حياته كما فى فتح القدير وظاهر قول المصنف أن له الرجوع فى المقبرة قبل الحكم وبعد الدفن بها على قول الامام وفى فتح القدير ثم روى الحسن عنه أنه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع فى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع فى المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوى ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى فى ذلك كله على خلاف قول أبى حنيفة للتعامل المتوارث بهذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان فى المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لان موضعها لم يدخل فى الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فى الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كانت فى عقار وقفه دخلت فى الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأى فيها الى القاضى ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك ويكون فى الحكم كانه وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو بنى رجل بيتا فى المقبرة لحفظ اللبن ونحوه ان كان فى الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك أهل المقبرة لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء لتقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره أن يقبر فيه وان كان فى الارض سعة الا أن الاولى أن لا يوحشه ان كان فيه سعة يكن بسط سجادة

ومن بنى سقاية أو خانا أو رباطا أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم

عن أهل قرية رحلوا وتداعى مسجد القرية الى الخراب وبعض المتغلبة يستولون على خشب المسجد وينقلونه الى دورهم هل لواحد من أهل المحلة أن يبيع الخشب بامر القاضى ويمسك الثمن ليصرفه الى بعض المساجد أو الى هذا المسجد قال نعم وحكى أنه وقع (قوله قلت ان شاء) هو من كلام القنية وفائدته أنه اذا عاد الى ملك بانيه أو وارثه لا يلزم بصرفه بل ان شاء صرفه وان شاء أبقاه وهذا بناء على قول محمد أما على قول أبى يوسف فقد تقدم أنه لا يجوز نقله ولا نقل ماله الى آخر وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وذريته وسلم تسليما آمين

في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر ولا ينبغي أن يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذكر الناطفي أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الداثرة فلو كان فيها حشيش يحش ويرسل الى الدواب ولا ترسل الدواب فيها اهـ وفي الخانية امرأة جعلت قطعة أرض مقبرة وأخرجتها من يدها ودفن فيها ابنها وهذه الارض غير صالحة للقبر لغلبة الماء عليها قال الفقيه أبو جعفر ان كانت الارض بحال يرغب الناس عن دفن الموتى فيها لفسادها لم تصر مقبرة وكان للمرأة أن تبيعها واذا باعت كان للمشتري أن يرفع الميت عنها أو يأمر برفع الميت عنها ولو جعل أرضه مقبرة أو خانا للغلة أو مسكنا سقط الخراج عنه ان كانت خراجية وقيل لا تسقط والصحيح هو الاول ولو بنى رباطا على أن يكون في يده مادام حيا قال أبو القاسم يقر في يده ما لم يستوجب الاخراج عن يده قوم عمروا أرض موات على شط جيحون وكان السلطان يأخذ العشر منهم لان على قول محمد ماء جيحون ليس ماء الخراج ويقرب ذلك رباط فقام متولي الرباط الى السلطان فاطلق السلطان له ذلك العشر هل يكون للمتولي أن يصرف ذلك العشر الى مؤذن يؤذن في هذا الرباط يستعين بهذا على طعامه وكسوته هل يجوز له ذلك وهل يكون للمؤذن أن يأخذ ذلك العشر الذي أباح السلطان للرباط قال الفقيه أبو جعفر لو كان المؤذن محتاجا يطيب له ولا ينبغي له أن يصرف ذلك العشر الى عمارة الرباط وانما يصرف الى الفقراء لاغير ولو صرف الى المحتاجين ثم انهم أنفقوا في عمارة الرباط جاز ويكون ذلك حسنا رباط على بابه قنطرة على نهر عظيم خربت القنطرة ولا يمكن الوصول الى الرباط الا بمجاوزة النهر وبدون القنطرة لا يمكن المجاوزة هل تجوز عمارة القنطرة بغلة الرباط قال الفقيه أبو جعفر ان كان الواقف وقف على مصالح الرباط لا بأس به والا فلا لان الرباط للعامة والقنطرة كذلك متولي الرباط اذا صرف فضل غلة الرباط في حاجة نفسه قرضا لا ينبغي له أن يفعل ولو فعل ثم أنفق من مال نفسه في الرباط رجوت له أن يبرأ وان أقرض ليكون أحرز من الامساك عنده قال رجوت أن يكون واسعا له ذلك رباط استغنى عنه المارة وبقربه رباط آخر قال الفقيه أبو جعفر تصرف غلة الرباط الاول الى الرباط الثاني وان لم يكن بقربه رباط يعود الوقف الى ورثة من بنى الرباط رجل أوصى بثلث ماله للرباط فالى من يصرف قال الفقيه أبو جعفر ان كان هناك دلالة انه أراد به المقيمين يصرف اليهم والا يصرف الى عمارة الرباط اهـ وفي المصباح السقاية بالكسر الموضع يتخذ لسقي الناس والرباط اسم من رابط مرابطة من باب قاتل اذا لازم ثغر العدو والرباط الذي يبنى للفقراء مولد ويجمع في القياس ربط بضمتين ورباطات وفي المجتبى اتخذ مشرعة أو مكتبا لا يتم حتى يشرع فيها انسان أو يقرأ فيها انسان وقال أبو يوسف الاشهاد في ذلك كله يكفي ولا بأس أن يشرب من الحوض والبئر ويسقي دابته ويتوضأ منه وفي التوضي من السقاية اذا اتخذها للشرب اختلاف المشايخ ولو اتخذها للتوضؤ لا يجوز الشرب منه بالاجماع وفي الاستقاء من السقاية واسقاء الدواب اختلاف والاصح انه لا يجوز الا الاستقاء للشرب اذا كان قليلا لانه في معنى الشرب والاصح عدم جواز أخذ الجمد الى بيته لان الجمد لتبريد ماء السقاية لا للاخذ مقبرة للمشركين أراد أن يتخذها مقبرة للمسلمين لا بأس به ان كانت قد اندرست آثارهم فان بقي شيء من عظامهم تنبش وتقبر ثم تجعل مقبرة للمسلمين فان موضع رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مقبرة للمشركين فنبشه واتخذه مسجدا استغنى عن مسجد لا يجوز اتخاذه مقبرة ولو وقف أرضا على المقبرة أو على صوفي خانه بشرائطه لا يصح اهـ وفي الظهيرية واذا اشترى الرجل موضعا وجعله طريقا للمسلمين وأشهد عليه صح ويشترط لاتمامه مرور واحد

من المسلمين على قول من يشترط التسليم في الاوقاف وفي النوادر عن أبي حنيفة انه أجاز وقف المقابر والطرق قال هلال وكذلك القنطرة يتخذها الرجل للمسلمين ويتطرقون فيها لايكون بناؤها ميراثا للورثة وقد صار وقفا ودلت المسئلة على جواز وقف البناء وفي القنية صغير كان يأخذ من السقاية ماء لاصلاح الدواة أو قصعة للشرب ثم بلغ فندم لا يكفيه الندم بل يرد الضمان الى القيم ولا يجزيه صب مثله في السقاية أخذ من السقاية ماء جرة بعد أخرى حتى بلغ جرة مثلا وكان القيم قد صب في تلك السقاية خمسين جرة فصب هو جرة قضاء للحق بعد اذن القيم صار ضامنا للكل دار موقوفة للسباء والجد ليس للقيم أن يشتري من غلتها خابية ليسقى الماء وقف أرضا على أن يدفن فيها أقرباؤه فاذا انقطعوا فآخره للفقراء ودفن فيها من أقربائه حال حياته صح الوقف ولو وقف مقبرة أو خانا بعد موته فلوارثه أن يدفن فيها أو ينزل فيه اهـ (قوله وان جعل شئ من الطريق مسجدا صح كعكسه) يعني اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا شيأ من الطريق ليتسع المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق جاز ذلك وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روى عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام ومعنى قوله كعكسه انه اذا جعل في المسجد ممرا فانه يجوز لتعارف أهل الامصار في الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف في موضعه وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب كذا ذكره الشارح رحمه الله وفي الخانية طريق للعامة وهي واسع فبنى فيه أهل المحلة مسجدا للعامة ولا يضر ذلك بالطريق قالوا لا باس به وهكذا روي عن أبي حنيفة ومحمد لان الطريق للمسلمين والمسجد لهم أيضا وان أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيأ من الطريق في دورهم وذلك لا يضر بالطريق لا يكون لهم ذلك ولاهل المحلة تحويل باب المسجد من موضع الى موضع آخر قوم بنوا مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع المسجد فأخذوا من الطريق وأدخلوه في المسجد ان كان ذلك يضر بالطريق لا يجوز والا فلا باس به ولو ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها ولو كان بجنب المسجد أرض وقف على المسجد فأرادوا أن يزيدوا شيأ في المسجد من الارض جاز ذلك بامر القاضي اهـ وقدمنا حكم ما اذا أمر السلطان بزيادة المسجد من الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب البيع ﴾

قدمنا في الطهارة ان المشروعات أربعة حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمعا وغلب حق الله تعالى وما اجتمعا وغلب حق العبد وقدم الاول لانه المقصود من خلق الثقلين ثم شرع في المعاملات فبدأ بالنكاح وما يتبعه لما فيه من معنى العبادة وذكر العتاق لمناسبة الطلاق في الاسقاط ثم الايمان لمناسبتها الكل ثم الحدود لمناسبتها اليمين من جهة الكفارة فانها دائرة بين العبادة والعقوبة والحدود عقوبات ثم ذكر السير بعدها للاشتراك في المقصود وهو اخلاء العالم عن الفساد وقدم الاول لانه معاملة مع المسلمين والثاني مع الكفار ثم اللقيط للاشتراك في كون النفوس عرضة للفوات ثم اللقطة للاشتراك في كون الاموال كذلك وكذا في الاباق والمفقود ثم ذكر الشركة لان المال لما كان فيه امانة في يد الشريك كان بعرضية التوى ثم الوقف بعدها

وان جعل شئ من الطريق مسجدا صح كعكسه

﴿ كتاب البيع ﴾

﴿ كتاب البيع ﴾

(قوله لا يكون متقوما كالخمر) قال الرملي ربما يفيد عدم جواز بيع الحشيشة لانها وان كانت مالا لكن لا يباح في الشرع الانتفاع بها وبه أفتى مولانا صاحب البحر اه غزي وأقول لا نسلم عدم جواز الانتفاع بها بالغير الاكل لكونها طاهرة بخلاف الخمر لكونها نجسة فتامل اه (قوله وصرح في المحيط بان الخمر ليس بمال الخ) الظاهر انه أراد بالمال المتقوم والا فلو لم تكن مالا لزم أن لا ينعقد البيع بجعلها ثمنا مع انه ينعقد فاسدا وفي التلويح في فصل النهي ان البيع بالخمر فاسد لان الخمر جعلت ثمنا وهو غير مقصود بل وسيلة الى المقصود اذ الانتفاع بالاعيان لا بالاثمان ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن فبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة

هو مبادلة المال بالمال بالتراضي

للاشتراك في استيفاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة ثم البيوع لان الوقف ازالة الملك لا الى مالك وفي البيوع اليه فكان الوقف بمنزلة البسيط والبيع كالمركب والكلام فيه يقع في عشرة مواضع الاول في معناه لغة وشرعا فالمقصود مقابلة شئ بشئ سواء كان مالا أولا ولذا قال تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة كما في المحيط وقال في المصباح باعه يبيعه بيعا ومبيعا فهو بائع وبيع والبيع من الاضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين انه بائع لكن اذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعة ويطلق البيع على المبيع فيقال بيع جيد ويجمع على بيوع وأبعته بالالف لغة قال ابن القطاع وبعت زيدا الدار يتعدى الى مفعولين وقد تدخل من على المفعول الاول على وجه التأكيد فيقال بعت من زيد الدار وربما دخلت اللام مكان من فيقال بعتك الشئ وبعت لك فهي زائدة وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وباع عليه القاضي أي من غير رضاه وفي الحديث لا يبيع أحدكم أي لا يشتري لان النهي فيه على المشتري لا على البائع بدليل رواية البخاري لا يبتاع أحدكم ويريد يحرم سوم الرجل على سوم أخيه والاصل في البيع مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الاعيان لكنه أطلق على العقد مجازا لانه سبب التمليك والتملك وقولهم صح البيع أو بطل أي صيغته لكنه لما حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وهو مذكر اسند الفعل اليه اه وفي القاموس باعه يبيعه بيعا ومبيعا والقياس مباعا اذا باعه واذا اشتراه ضد وهو مبيع ومبيوع وبيع الشئ قد تضم باؤه فيقال بوع اه وفي الشرع بمعنى ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله (هو مبادلة المال بالمال بالتراضي) من استبدلت الثوب بغيره أو بدلت الثوب بغيره أبدله من باب قتل كذا في المصباح وفي المعراج ما يدل على انها بمعنى التمليك لان بعضهم زاد على جهة التمليك فقال فيه لا حاجة اليه لان المبادلة تدل عليه والمال في اللغة ما ملكته من شئ والجمع أموال كذا في القاموس وفي الكشف الكبير المال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية انما تثبت بتمول الناس كافة أو بتقوم البعض والتقوم يثبت بها وباباحة الانتفاع له شرعا فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر واذا عدم الامران لم يثبت واحد منهما كالدم اه وصرح في المحيط بان الخمر ليس بمال وان العقد عليه لم ينعقد بخلاف ما لو باع شيأ بخمر فانه ينعقد في ذلك الشئ بالقيمة وسيأتي بيانه ان شاء الله وفي الحاوي القدسي المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار والعبد وان كان فيه معنى المالية ولكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله واهلاكه اه وفي شرح الوقاية لم يقل على سبيل التراضي ليشمل ما لا يكون بتراض كبيع المكره فانه ينعقد اه وأجاب عنه في شرح النقاية بان من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ومن تركه أراد تعريف البيع مطلقا نافذا كان أو غير نافذ وأقول بيع المكره فاسد موقوف لانه موقوف فقط كبيع الفضولي كما يفهم من كلامه وقد

آلات الصناع فيفسد البيع لكون أحد البدلين غير متقوم اذ المتقوم ما يجب ابقاؤه بعينه أو بمثله أو بقيمته والخمر واجب اجتنابها بالنص لعدم تقومها لكنها تصلح للثمن لانها مال لان المال ما يميل اليه الطبع ويدخر لوقت الحاجة أو ما خلق لمصالح الآدمي ويجري فيه الشح والضنة اه (قوله وأقول بيع المكره فاسد موقوف الخ) قال الرملي سيأتي قريبا ان تفسير الموقوف عندنا الذي لا حكم له ظاهرا وأقول كيف يكون موقوفا مع فساده والموقوف من قبيل الصحيح الا انه لم ينفذ كما لا يخفى وقد صرح هو بنفسه ان الموقوف من قسم الصحيح أو هو قسم بنفسه وليس هو من قسم الفاسد هكذا وجدت مكتوبا على نسخة بعض أهل الفضل والذي يظهر ان الموقوف على قسمين فاسد وصحيح فليتامل اه قلت سيذكر المؤلف

عرفه فخر الاسلام بانه في اللغة والشريعة المبادلة وزيد فيها التراضي ورده في فتح القدير بانه اذا فقد الرضا لا يسمى في اللغة بيعا بل غصبا ولو أعطاه شيأ آخر مكانه وعرفه في البدائع بانه مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل فالاول الايجاب والقبول والثاني التعاطي اه وبهذا ظهر انه لا منافاة بين قولهم ان معناه المبادلة وبين قولهم ان ركنه الايجاب والقبول ونافي المستصفى من انه معنى شرعي يظهر أثره في المحل عند الايجاب والقبول فرده في فتح القدير بانه نفس حكمه وهو الملك فانه القدرة على التصرف ابتداء الالمانع فخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصي والمتولي وبقولنا الالمانع المبيع المنقول قبل القبض فان عدم القدرة على بيعه لمانع النهي وفي الحاوي الملك الاختصاص الحاجز وانه حكم الاستيلاء لانه به ثبت لا غير اذ المملوك لا يملك لان اجتماع الملكين في محل واحد محال فلا بد وان يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خاليا عن الملك والخالي عن الملك هو المباح والمثبت للملك في المباح الاستيلاء لا غير وهو طريق الملك في جميع الاموال لان الاصل الاباحة فيها وبالبيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء اليه فمن شرط البيع شغل المبيع بالملك حالة البيع حتى لم يصح في مباح قبل الاستيلاء ومن شرط الاستيلاء خلو المحل عن الملك وقته وبالارث والوصية تحصل الخلافة عن الميت حتى كانه حي لا الانتقال حتى ملك الوارث الرد بالعيب دون المشتري فالاسباب ثلاثة مثبت للملك وهو الاستيلاء وناقل للملك وهو البيع ونحوه وخلافة وهو الميراث والوصية وما أريد لاجله حكم التصرف حكمة وثمرة فحكم البيع الملك وحكمته اطلاق الانتفاع والعقود تبطل اذا خلت عن الاحكام ولا تبطل بخلوها عن الحكم اه ومما ظهرت فيه فائدة الخلافة جواز اقالة الوارث والموصى له ومنها الخصومة في اثبات الدين كما في دعوى البزازية وعرفه في الايضاح بانه عقد مبني عن مبادلة مال بمال ولا حاجة الى زيادته شرعا لما سمعت من ان المبادلة تكون بالقول وبالفعل وانما زاده لما قدمناه عن المصباح ان المبادلة حقيقة للاعيان وللعقد مجاز ثم اعلم ان البيع وان كان مبناه على البدلين لكن الاصل فيه المبيع دون الثمن ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن وأما ركنه ففي البدائع ركنه المبادلة المذكورة وهو معنى ما في فتح القدير من ان ركنه الايجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي فركن الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل وأما شرائطه فانواع أربعة شرط انعقاد وشرط صحة وشرط نفاذ وشرط لزوم فالاول أربعة أنواع في العاقد وفي نفس العقد وفي مكان العقد وفي المعقود عليه فشرائط العاقد العقل فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل والعدد في العاقد فلا ينعقد بالوكيل من الجانبين الا في الاب ووصيه والقاضي فانه يتولى الطرفين في مال الصغير اذا باعوا وأمر الهم منه أو اشتروا بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر لليتيم في الوصي وزاد في المعراج شراء العبد نفسه من مولاه بامره وأما القاضي فانه لا يعقد لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه لا يجوز كذا في الخزانة وغيرها وهو مخالف لما في البدائع وفي الخانية من الوكالة الواحد لا يتولى العقد من الجانبين الا في الاب فانه يكتفي بلفظ واحد وقال خواهر زاده هذا اذا أتى بلفظ يكون أصلا في ذلك اللفظ بان قال بعت هذا من ولدي فيكتفي به وأما اذا أتى بلفظ لا يكون أصلا فيه بان قال اشتريت هذا المال لولدي لا يكتفي بقوله اشتريت ولا بد أن يقول

في أول باب البيع الفاسد ان للمشايخ طريقين فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فانه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ولا يضر توقفه على الاجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على اسقاطه ومنهم من جعله قسيما للصحيح وعليه مشى الشارح الزيلعي فانه قسمه الى صحيح وباطل وفاسد وموقوف اه ولا يمكن جعل بيع المكره موقوفا بالمعنى الاول لما يأتي متنا في كتاب الاكراه انه يخير بين أن يمضي البيع أو يفسخ وانه يثبت به الملك عند القبض للفساد ففيه التصريح بكونه فاسدا نعم يخالف بقية العقود الفاسدة في صور أربعة مذكورة في اكراه التنوير وقد أفاد في المنار وشرحه انه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذي هو شرط النفاذ وانه بالاجازة يصح ويزول الفساد وحينئذ فالموقوف على الاجازة صحته فصح كونه فاسدا موقوفا وظهر كون الموقوف منه فاسدا ومنه صحيح (قوله ورده في فتح القدير الخ) حاصله ان التراضي ليس خاصا بمفهومه الشرعي كما يفيده قول فخر الاسلام وزيد فيها أي في الشريعة التراضي بل هو مأخوذ في مفهومه اللغوي أيضا (قوله ولا حاجة الى زيادته شرعا) أي الى زيادة قوله عقد

بعته

(قوله وان يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه) قال الرملي هذا على الرواية الضعيفة في بيع الفضولي انه اذا باعه لنفسه يكون باطلا والصحيح خلافه وسيأتي تحقيق ذلك في محله ان شاء الله تعالى تأمل وأنت على علم بان تعريف بيع النافذ والموقوف اه والمراد بقوله اذا باعه لنفسه أي لاجل نفسه لا لاجل مالكه فعلى هذه الرواية الضعيفة لا ينعقد بيع الفضولي الا اذا باعه لمالكه والا بطل ولا يتوقف كما سيأتي في بابه (قوله الاشياء التي تؤخذ من البياع) قال في النهر بعد ذكره لهذا الفرع وللفرع الآتي عن القنية أيضا وهو بيع البراآت وذكره لكلام المؤلف أقول الظاهر ان ما في القنية ضعيف لاتفاق كلمتهم على ان بيع المعدوم لا يصح وكذا غير المملوك وما المانع من ان يكون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي ولا يحتاج في مثله الى بيان الثمن لانه معلوم كما سيأتي وحظ الامام لا يملك قبل القبض فانى يصح بيعه وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان في كتاب الشرب ما في القنية اذا كان مخالفا للقواعد لا التفات اليه ما لم يعضده نقل اه قال الحموي في كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي وانه لا يحتاج في مثله الى بيان الثمن نظر لان أثمان هذه تختلف فيفضي الى المنازعة اه وأنت خبير بان ما في النهر مبني على العلم به فحينئذ يقال ان كان معلوما يكون بيعا بالتعاطي وانظر ما يأتي عن الولوالجية في شرح قوله ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن

بعت وهو في الوجهين يتولى العقد من الجانبين ومنها الوصي لنفسه ومنها الوصي يبيع للقاضي ومنها العبد يشتري نفسه من مولاه بامره اه فيحمل ما في البدائع على ان القاضي باع مال يتيم من آخر أو اشترى توفيقا بينه وبين ما في الخزانة وفي البزازية ولو أمر انسان الوصي أن يشتري له مال اليتيم فاشترى لم يجز بخلاف ما اذا اشترى لنفسه مع النفع وفي وصايا الخانية فسر شمس الأئمة السرخسي الخيرية فقال اذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر يكون خيرا لليتيم واذا باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة كان خيرا لليتيم وقال بعضهم ان باع ما يساوي عشرة بثمانية أو اشترى ما يساوي ثمانية بعشرة كان خيرا لليتيم والوكيل بالبيع أو بالشراء اذا اشترى لنفسه أو باع مال الموكل لم يجز عندهم جميعا سواء كان شرا أو خيرا وفي الاب لا يشترط أن يكون خيرا اه والا في الرسول من الجانبين وليس من شرائط العاقد البلوغ فانعقد بيع الصبي وشراؤه موقوفا على اجازة وليه ان كان شراؤه لنفسه ونافذا بلا عهدة عليه ان كان لغيره وليس من شرائطه الحرية فانعقد بيع العبد كالصبي في النوعين وليس منه الاسلام والنطق والصحو وأما شرط العقد فموافقة القبول للايجاب بان يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لم ينعقد لتفرق الصفقة وانه لا يجوز الا في الشفعة بان باع عبدا وعقارا فطلب الشفيع أخذ العقار وحده فله ذلك وان تفرقت الصفقة على البائع كما في الفتاوى الولوالجية من الشفعة وستأتي تفاريعه الا فيما اذا كان الايجاب من المشتري فقبل البائع بانقص من الثمن أو كان من البائع فقبل المشتري بازيد انعقد فان قبل البائع الزيادة في المجلس جازت كما في التتارخانية وفي الآ[ ]لة ان تكون بلفظ الماضي ان عقد بالقول كذا في البدائع وأما شرط مكانه فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الايجاب والقبول في مجلس واحد فان اختلف لم ينعقد وأما شرائط المعقود عليه فان يكون موجودا مالا متقوما مملوكا في نفسه وان يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه وان يكون مقدور التسليم فلم ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم كنتاج النتاج والحمل واللبن في الضرع والثمر والزرع قبل الظهور والبزر في البطيخ والنوى في التمر واللحم في الشاة الحية والشحم والالية فيها او اكارعها ورأسها او السحير في السمسم وهذا الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج أو هذا الثوب الهروي فاذا هو مروي أو هذا العبد فاذا هو جارية أو دار على ان بناءها آجر فاذا هو لبن أو ثوب على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو هو حنطة في جوالق فاذا هي دقيق أو دقيق فاذا هي خبز أو هذا الثوب القز فاذا لحمته من ملحم ولو كان سداه من قز وصح لو كان عكسه مع الخيار اذا اللحمة هي الأصل أو هذا الثوب على أن ظهارته وبطانته وحشوه من كذا فاذا الظهارة من غير المعين بخلاف ما اذا كانت البطانة من غير المعين فانه ينعقد مع الخيار ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة ما في القنية الاشياء التي تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح اه فيجوز بيع المعدوم هنا ولم ينعقد بيع ما ليس بمال متقوم كبيع الحر والمدبر

المطلق وأم الولد والمكاتب ومعتق البعض وأولادهم الا ولد المكاتب المشترى فى كتابته والميتة والدم وذبيحة المجوسى والمرتد والمشرك والصبى الذى لا يعقل والمجنون ومذبوح صيد المحرم سواء كان من الحل أو الحرم ومذبوح صيد الحرم وصيد المحرم الا بيع وكيله وجلد الميتة قبل الدبغ وجلد الخنزير مطلقا وعظمه وشعره وعصبه على الصحيح كشعر الآدمى وعظمه وفى عظم الكلب روايتان ولم ينعقد بيع الخمر والخنزير فى حق المسلم وأما فى حق الذمى فينعقد ولكن اختلفوا فى كونه مباحا له أو محرما والصحيح الثانى كما فى البدائع لكونهم يتمولونها وان تبايعا ثم أسلم أحدهما قبل القبض انفسخ البيع ولو تقارضا ثم أسلم المقرض فلا شئ له من الخمر وان أسلم المستقرض كان عليه القيمة فى رواية وفى أخرى كالاول ولم ينعقد بيع النحل ودود القز الا تبعا ولا بيع العذرة الخالصة بخلاف السرقين والمخلوطة بتراب وكذا بيع آلات الملاهى عندهما خلافا للامام ولم ينعقد بيع الملاقيح والمضامين وعسب الفحل ولبن المرأة وفى التلويح المتقوم ما يجب ابقاؤه بعينه أو بمثله أو بقيمته والخمر يجب اجتنابها بالنص فلم تكن متقومة اه وفى القنية أدنى القيمة التى تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز شراء البراآت التى يكتبها الديوان على العمال لا يصح قيل له أئمة بخارى جوزوا بيع خطوط الائمة قال لان مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا اه فعلى هذا يجوز للمستحق فى المدارس بيع خبزه قبل قبضه من المشرف بخلاف الجندى اذا باع الشعير المعين لعلف دابته قبل قبضه وخرج بالمملوك بيع ما لا يملكه فلم ينعقد بيع الكلا ولو فى أرض مملوكة له والماء فى نهره أو فى بئره وبيع الصيد والحطب والحشيش قبل الاحراز وبيع أرض مكة عند الامام وأرض أحياها بغير اذن الامام عند الامام وحوانيت السوق التى عليها غلة للسلطان لعدم الملك لان السلطان انما أذن لهم فى البناء ولم يجعل البقعة لهم كما فى البدائع وفى القنية حفر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفيرة أو أجرها لا يصح لانه انما ملك من المعدن ما يخرج ويؤخذ وما بقى فيه بقى على الاباحة قال رضى الله تعالى عنه وهذه رواية فى واقعة بلغتنى عن بعض المفتين الحارفين أنه أفتى فيمن حفر فى جبل حجرا يتخذ منه القدور ثم مات وتحت غيره منه قدورا بان لورثة الحافر المنع تاب الله عليه وعلينا وهداه وايانا والصواب ليس لهم المنع لان الحجر الباقى وان ظهر بحفره بقى على أصل الاباحة اه وخرج بقولنا وأن يكون ملكا للبائع ما ليس كذلك فلم ينعقد بيع ما ليس بمملوك له وان ملكه بعده الا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن الغاصب قيمته نفذ بيعه لاستناد الملك الى وقت البيع فتبين أنه باع ملك نفسه وقلنا فيما يبيعه لنفسه ليخرج النائب والفضولى فالاول نافذ والثانى منعقد موقوفا وقلنا وأن يكون مقدور التسليم فلم ينعقد بيع معجوز التسليم عند البائع كبيع الآبق فى ظاهر الرواية فان حضر احتيج الى تجديد الركن قولا أو فعلا وكذا بيع الطير فى الهواء بعد أن كان فى يده وطار والسمك بعد الصيد والالقاء فى الحظيرة اذا كان لا يمكن أخذه الا بصيد ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين ويجوز من المديون لعدم الحاجة الى التسليم ولم ينعقد بيع المغصوب من غير الغاصب اذا كان الغاصب منكرا له ولا بينة والى هنا صارت شرائط الانعقاد أحد عشر اثنان فى العاقد واثنان فى العقد وواحد فى مكانه وستة فى المعقود عليه وأما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية فلم ينعقد بيع الفضولى عندنا وأما شراؤه فنافذ كما سيأتى والولاية اما بانابة المالك أو الشارع فالاول الوكالة والثانى ولاية الاب ومن قام مقامه بشرط اسلام الولى وحريته وعقله وبلوغه وصغر المولى عليه وأولى الاولياء فى المال الاب

(قوله أحد عشر) صوابه تسعة (قوله فلم ينعقد بيع الفضولى عندنا) صوابه فلم ينفذ الا أن يريد بيع الفضولى لنفسه فانه باطل لكن قد علمت مما قدمناه عن الرملى انه على الرواية الضعيفة والصحيح خلافها (قوله وصغر المولى عليه) يرد على التقييد المجنون

ثم وصيه ثم وصى وصيه ثم الجد أبو الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه ثم القاضى ثم من نصبه القاضى وليس لمن سواهم ولاية فى المال من الام والاخ والعم ولوصيهم ولاية بيع المنقول للحفظ والعقار لقضاء دين الميت خاصة وليس له التصرف وأما وصى المكاتب فلا يملك الا قضاء دين المكاتب فيبيع له ولا يملك بعده الا الحفظ فى رواية الزيادات وفى رواية كتاب القسمة جعله كوصى الاب هذا اذا مات قبل الاداء وأما بعده فوصيه كوصى الاحرار فانعقد بيع الصبى العاقل عندنا موقوفا ان كان محجورا ونافذا ان كان مأذونا الثانى أن لا يكون فى المبيع حق لغير البائع فان كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر واختلفت عبارات الكتب فيها ففى بعضها أنه فاسد والصحيح أنه موقوف ويحمل الفساد على أنه لا حكم له ظاهرا وهو تفسير الموقوف عندنا وعلكان الاجازة دون الفسخ ويفسخه المشترى ان لم يعلم به أولا وأما بيع عبد وجب عليه قود فنافذ كبيع المرتد والجانى ومن وجب عليه حد وأما شرائط الصحة فعامة وخاصة فالعامة لكل بيع ما هو شرط الانعقاد لان مالا ينعقد لم يصح ولا ينعكس فان الفاسد عندنا منعقد نافذ اذا اتصل به القبض ومنها أن لا يكون مؤقتا فان اقته لم يصح بخلاف الاجارة فان التأقيت شرطها ومنها أن يكون المبيع معلوما والثمن معلوما علما يمنع من المنازعة فالمجهول جهالة مفضية اليها غير صحيح كشاة من هذا القطيع وبيع الشئ بقيمته وبحكم فلان ومنها خلوه عن شرط مفسد وهو أنواع شرط فى وجوده غرر كاشتراط حمل البهيمة واختلفت الروايات فى اشتراط حمل الجارية ورجح بعضهم أن الشارط له ان كان البائع صح وكان تبريا منه وان كان المشترى ليتخذها ظئرا فسد ومنه ما اذا اشترى كبشا على أنه نطاح ومنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما وسيأتى تفصيله ومنه شرط الاجل فى المبيع المعين والثمن المعين وانما يجوز فى الدين ومنه شرط خيار مؤبد ومنه شرط خيار مؤقت مجهول ومنه شرط خيار مطلق ومنه شرط خيار مؤقت معلوم زائد على الثلاثة ومنه استثناء حمل الجارية ومنه الرضا ففسد بيع المكره وشراؤه وكذا البيع تلجئة ويملك الاول بالقبض دون الثانى ومنها الفائدة فبيع مالا فائدة فيه وشراؤه فاسد ففسد بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة كذا فى الذخيرة وأما الخاصة فمنها معلومية الاجل فى البيع بثمن مؤجل ففسد ان كان مجهولا ومنها القبض فى بيع

(قوله الثانى أن لا يكون فى المبيع حق لغير البائع) أى الثانى من شرائط النفاذ والاول هو قوله الملك أو الولاية (قوله كالمرهون والمستأجر) قال الرملى قال فى الخانية فان أراد المستأجر أن يفسخ البيع اختلفوا فيه والصحيح انه لا يملك الفسخ وفى الزيلعى فى بيع المرهون وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه ومثله فى الكافى والهداية والجوهرة وأكثر الكتب المعتبرة فكان عليه المعول وعبارة الكافى صريحة فى ان القاضى لا يملك الفسخ بدون طلب المشترى قال بعد ذكر ما تقدم من عدم جواز فسخ الراهن والمستأجر والمشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الرهن وان شاء رفع الامر الى القاضى ليفسخ بحكم العجز عن التسليم اذ ولاية الفسخ للقاضى لا اليه (قوله ولا ينعكس) أى بان يقال مالا يصح لم ينعقد لان مالا يصح منه منعقد كالفاسد ومنه غيره كالباطل وفى قوله منعقد نافذ نظر فان بيع المكره من الفاسد كما قدمه وهو منعقد موقوف وكان الظاهر أن يقول منعقد مملوك تأمل (قوله ومنه شرط الاجل فى البيع المعين والثمن المعين الخ) قال الرملى أقول فى جواهر الفتاوى رجل له على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم الى شهر لا يجوز لان هذا بيع الكالئ بالكالئ وقد نهينا عنه وان باعها ممن عليه ونقد المشترى الثمن فى المجلس جاز فيكون دينا بعين اه وقد ذكر المسئلة فى منح الغفار فى باب القرض قبل باب الربا نقلا عن البزازية وسيأتى فى شرح قوله ويباع الطعام كيلا وجزافا نقلا عن البزازية له عليه حنطة أكلها فباعها منه نسيئة لا يجوز أقول ومثله الزيت وكل مكيل وموزون ومثل البيع الصلح قال فى الفصل الثلاثين من جامع الفصولين ولو غصب كر بر فصالحه وهو قائم على دراهم مؤجلة جاز وكذا الذهب والفضة وسائر الموزونات ولو صالحه على كيل مؤجل لم يجز اذ الجنس بانفراده يحرم النساء ولو كان البر هالكا لم يجز الصلح على شئ من هذا نسيئة لانه دين بدين الا اذا صالح على بر مثله أو أقل منه مؤجلا جاز لانه عين حقه والحط جائز لا لو على أكثر للربا والصلح على بعض حقه فى الكيلى والوزنى حال قيامه لم يجز اه وذكر فى البزازية الحيلة فى جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة انه يبيعها ثوبا ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم الى أجل أقول وتجرى هذه الحيلة فى الصلح أيضا وهى واقعة الفتوى ويكثر وقوع ذلك فاستفده اه

المشتري المنقول وفي الدين فبيع الدين قبل قبضه فاسد كالمسلم فيه ورأس المال ولو بعد الاقالة وبيع شئ بالدين الذي على فلان بخلاف ما اذا كان على البائع ومنها أن يكون البدل مسمى في أحد نوعي المبادلة وهي القولية فان سكت عنه فسد وملك بالقبض وان نفاه قيل فسد وقيل بطل فلا علك بالقبض وفي التتمة باعه بدين عليه وهما يعلمان أن لا دين عليه لم يصح ومنها المماثلة بين البدلين في أموال الربا وسيأتي تفصيله في بابه ومنها الخلو عن شبهة الربا ومنها وجود شرائط السلم الآتية ومنها القبض في الصرف قبل الافتراق ومنها أن يكون الثمن الاول معلوما في بيع المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة وأما شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الاربعة المشهورة ويزاد خيار الكمية وخيار الغبن اذا كان فيه غرور وخيار استحقاق بعض المبيع القيمي مطلقا والمثلي قبل القبض وخيار الخيانة في المرابحة وخيار نقد الثمن وعدمه وخيار كشف الحال وخيار فوات وصف مرغوب فيه وخيار اجازة بيع الفضولي وخيار هلاك بعض المبيع فهي ثلاثة عشر وقد صارت جملة الشرائط ستة وسبعين فشرائط الانعقاد أحد عشر وشرائط النفاذ اثنان وشرائط الصحة خمسة وعشرون وشرط اللزوم واحد بعد اجتماع الكل فعلى هذا شرائط اللزوم تسعة وثلاثون والكل من غير تداخل ثمانية وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وأما أحكامه فالاصلي له الملك في البدلين لكل منهما في بدل وهو في اللغة القوة والقدرة وشرعا ما قدمناه والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن ووجوب استبراء الجارية على المشتري وملك الاستمتاع بالجارية وثبوت الشفعة لو كان عقارا وعتق المبيع لو كان محرما من البائع وأما صفة ذلك الحكم فاللزوم عند عدم خيار فليس لاحدهما فسخه فالبيع عند عدم الخيار من العقود اللازمة والعقود ثلاثة لازم من الطرفين وهو البيع والسلم والاجارة وان قلنا بفسخها بالاعذار والصلح والحوالة والمساقاة والوصية بعد القبول بعد موت الموصي والنكاح والصداق والصدقة المقبوضة والهبة المقبوضة اذا وجد مانع من الموانع السبعة الآتية ولازم من أحد الجانبين وهو الرهن فانه لازم من جهة الراهن بعد التسليم دون المرتهن وجائز من الطرفين فلكل منهما فسخه وهو الشركة والوكالة والعارية لغير الراهن والمضاربة والوديعة والقضاء والوصاية قبل قبول الوصي وأما بعده فلازمة والوصية قبل موت الموصي وأما أنواعه فبالنظر الى مطلق البيع أربعة نافذ وموقوف وفاسد وباطل فالنافذ ما أفاد الحكم للحال والموقوف ما أفاده عند الاجازة والفاسد ما أفاده عند القبض والباطل ما لم يفده أصلا كذا في الحاوي وغيره وهو ظاهر في أن الموقوف ليس من الفاسد وانما هو اما من قسم الصحيح أو قسم برأسه وهو ظاهر كلامهم وبالنظر الى المبيع أربعة مقايضة وهي بيع العين بالعين وبيع الدين بالدين وهو الصرف وبيع الدين بالعين وهو السلم وعكسه وهو بيع العين بالدين كاكثر البياعات وبالنظر الى الثمن خمسة مرابحة وتولية واشراك ووضيعة ومساومة وستأتي البيوع المكروهة وأما محاسنه فنها التوصل الى الاغراض واخلاء العالم عن الفساد وفي آخر بيوع البزازية قيل للامام محمد الا تصنف في الزهد قال حسبكم كتاب البيوع وكان التجار في القديم اذا سافروا استصحبوا معهم فقيها يرجعون اليه وعن أئمة خوارزم أنه لا بد للتاجر من فقيه صديق اهـ قال الشمني رحمه الله تعالى وقد صح عند أصحاب السير أن النبي صلى الله عليه وسلم اتجر لخديجة رضي الله تعالى عنها الكن قبل البعثة بخمسة عشر سنة فانه بعث على رأس الاربعين وخرج تاجرا الى الشام لخديجة رضي الله تعالى عنها لما بلغ خمسا وعشرين سنة قبل أن يتزوجها بشهرين وخمسة

وعشرين

(قوله ستة وسبعين) فيه نظر لان شرائط الانعقاد والنفاذ والصحة ثمانية وثلاثون وشرائط اللزوم هذه المذكورات مع زيادة الخلو من الخيارات فصارت سبعة وسبعين لكن علمت أن الصواب أن شرائط الانعقاد تسعة فيسقط منها اثنان ومن شرائط الصحة اثنان أيضا ومن شرائط اللزوم أربعة فتبقى الجملة تسعة وستين (قوله والكل من غير تداخل ثمانية) لم يظهر لي مراده فتأمل (قوله لو كان محرما من البائع) صوابه من المشتري

وعشرين يوما وكان أبو بكر رضي الله تعالى عنه تاجرا في البز وكان عمر رضي الله تعالى عنه في الطعام وعثمان رضي الله تعالى عنه في التمر والبز وعباس رضي الله عنه في العطر ومن هنا قال أصحابنا أفضل الكسب بعد الجهاد التجارة ثم الحراثة ثم الصناعة اه وأما دليله فالكتاب والسنة والاجماع والمعقول وهو العاشر من مواضعه (فرع حسن) من خزانة الفتاوى بيع ما يساوي درهما بألف درهم في غير رواية الاصول يجوز ولا يلزم في قول أبي يوسف وقال محمد يكره اه (قوله البيع يلزم بايجاب وقبول) أي حكم البيع يلزم بهما لانه جعلهما غيره وأنه يلزم بهما مع أن البيع ليس الاهما الا انهما ركناه على ما حققناه وما قيل انه معنى شرعي كما قدمناه فليس هو الا الحكم فالمحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث كذا حققه في فتح القدير وقد يقال لا حاجة الى هذا التكلف اذ يصح الكلام بدونه لان الانعقاد كما في العناية تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا وفي البناية أنه انضمام كلام أحدهما للآخر على وجه يظهر أثره في المحل اه وهو أمر ثالث غير الايجاب والقبول والبيع مجموع الثلاثة فصح التركيب وفي شرح الوقاية من كتاب النكاح والعقد ربط أجزاء التصرف أي الايجاب والقبول شرعا لكن هنا أريد بالعقد الحاصل بالمصدر وهو الارتباط لكن النكاح الايجاب والقبول مع ذلك الارتباط وانما قلنا هذا لان الشرع يعتبر الايجاب والقبول أركان عقد النكاح لا أمورا خارجية كالشرائط ونحوها وقد ذكرت في شرح التنقيح في فصل النهي كالبيع فان الشرع يحكم بان الايجاب والقبول الموجودين حسا يرتبطان ارتباطا حكميا فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثرا له فذلك المعنى هو البيع فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الايجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء لا ان البيع مجرد ذلك المعنى الشرعي والايجاب والقبول آلة له كما توهم البعض لان كونهما أركانا ينافي ذلك اه وهو تقرير حسن وقال في كتاب البيع المبادلة علة صورية للبيع والايجاب والقبول والتعاطي علة مادية والمبادلة تكون بين اثنين فهي العلة الفاعلية وسكت عن العلة الغائية هنا وذكرها في النكاح وهي هنا الملك وثمة المصالح المتعلقة بالنكاح وذكر الشمني أن المعنى أنه ينعقد بمجموع الايجاب والقبول اه وفي القاموس عقدت الحبل والعهد والبيع فانعقد اه فان قلت فما معنى قولهم البيع ينعقد وكذا أمثاله فان المعنى العقد ينعقد قلت المعنى العقد الشرعي الخاص يثبت بالايجاب والقبول وفي القاموس عقد الحبل والبيع والعهد يعقده شده وفي تفسير الفخر الرازي العقد وصل الشيء بالشيء على سبيل الاستيثاق والاستحكام اه وفي تفسير القاضي وأصل العقد الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال بينهما اه والعقد شرعا على ما في التوضيح ربط القبول بالايجاب وأما حمل كلام المستصفى على الحكم الذي هو الملك فليس بظاهر لانه قال البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف اه ولا يصح حمله عليه لان الحكم لا يظهر عندهما انما يظهر بهما عقيبهما لان حكم الشيء يعقبه ولانه جعل القدرة على التصرف غاية لذلك الاثر والقدرة هي الملك فلا يصح أن يراد بذلك الاثر الملك لان المغيا غير الغاية فافهم هذا التقرير فانه دقيق والايجاب لغة الالزام والاثبات وفي الفقه في المعاملات ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين الدال على الرضا وسمي به لانه يثبت خيار القبول للآخر وسواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كان يبدأ المشتري والقبول في اللغة من قبلت العقد أقبله من باب تعب قبولا بالفتح

البيع يلزم بايجاب وقبول

(قوله لانه) أي المصنف جعلهما أي الايجاب والقبول غيره أي غير البيع (قوله وما قيل انه معنى شرعي) قائله المصنف في المستصفى كما مر (قوله وقد يقال لا حاجة الى هذا التكلف) أي تقدير المضاف قبل البيع وهو لفظ حكم ومراده الرد على الفتح ثم ان قوله لان الانعقاد الخ انما يظهر على عبارة الهداية حيث عبر فيها ينعقد بدل قول المصنف يلزم وفرق ما بينهما ثم ان ما بنى عليه كلامه من ان البيع مجموع الايجاب والقبول مع الارتباط لا يفيد لان المعنى يصير البيع الذي هو مجموع الثلاثة ينعقد بالايجاب والقبول أي يرتبط نعم يتضح تفسير ينعقد بيحصل تامل

والضم لغة حكاها ابن الاعرابى كذا فى المصباح وفى الفقه اللفظ الصادر ثانيا الواقع جوابا للاول
ولذا سمى قبولا هكذا عرفه الجمهور وخالفهم فى فتح القدير فعرفه بانه الفعل الصادر ثانيا قال
وانما قلنا بانه الفعل الاعم منه ومن القبول فان من الفروع مالو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم
البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا
اذا قال بعته بالف فقبضه ولم يقل شيأ كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطى فانه ليس فيه ايجاب بل
قبض بعد معرفة الثمن فقط ففى جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتك بالف من صور التعاطى كما
فعل بعضهم أى فى غاية البيان نظر كما لا يخفى اه ولا حاجة الى تغيير كلام القوم وما ذكره من
الفروع انما هو من باب ان القبول يقوم مقامه فعل ولهذا قال فى الخانية يقوم القبض مقام القبول
وفى التتارخانية اشتريت طعامك هذا بالف فتصدق به ففعل فى المجلس ولم يتكلم جاز وان
تفرقا لا وقيد اللزوم بالايجاب والقبول للاشارة الى ان البائع اذا باع وقبل المشترى لا يحتاج
بعدهما الى اجازة البائع قال فى الذخيرة ذكر محمد بن الحسن رحمه الله تعالى فى كتاب الوكالة مسئلة
تدل على ان من قال لغيره بعت منك هذا العبد بكذا فقال المشترى قبلت ان البيع لا ينعقد بينهما
مالم يقل البائع بعد ذلك أجزت وبه قال بعض المشايخ وهذا لان البائع لما قال بعت منك فقد ملك
العبد من المشترى فاذا قال المشترى اشتريت فقد تملك العبد وملكه الثمن فلا بد من اجازة البائع
بعد ذلك ليملك الثمن وعامة المشايخ على انه لا يحتاج الى اجازة البائع بعد ذلك اه وهو الصحيح
وهكذا روى عن محمد اه وينبغى حفظه لغرابته ولانه اذا أوجب أحدهما فللآخر أن لا يقبل
لانه لا يلزمه حكم العقد بدون رضاه وللموجب أن يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير لان الموجب أثبت
له حق أن يملك مع ثبوت حقيقة الملك له والحقيقة مقدمة على الحق ولا بد من سماع الآخر رجوع
الموجب كما فى التتارخانية وفى التتمة يصح الرجوع وان لم يعلم به الآخر وانما امتد خيار القبول
الى آخر المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر
وسيأتى بيان ما يبطله وأشار باللزوم بهما الى انهما لو أقرا بالبيع ولم يكن بينهما حقيقة لم ينعقد كما فى
الصيرفية والى نفى خيار المجلس عندنا ولولا هذه الاشارة لكان التعبير بالانعقاد تبعا للقوم أولى لان
المترتب عليهما انما هو الانعقاد وأما اللزوم فموقوف على شرائط أخر مخصوصة كما فى ايضاح الاصلاح
وأثبته الشافعى عملا بحديث البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا البيعان بالخيار مالم يتفرقا
وأوله أبو يوسف بتفرق الابدان بعد الايجاب قبل القبول وأوله محمد تبعا لابراهيم النخعى بتفرق
الاقوال بناء على ان المراد بالخيار فيه خيار القبول واعتمده فى الهداية بان فى الحديث اشارة اليه
فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ويؤيده قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فان
الفرقة تحصل بقولهما وان داما جالسين وهو مبنى على ان اسم الفاعل حقيقة فى الحال وفيه نظر لان
تسميتهما متبايعين قبل تمام العقد مجاز آخر واذا تعذر الحمل على الحقيقة تعين المجاز واذا تعارض
المجازان فالاقرب الى الحقيقة أولى كذا فى فتح البارى وقال البيضاوى ومن نفى خيار المجلس
ارتكب مجازين بحمله التفرق على الاقوال وحمله المتبايعين على المتساومين وأيضا فكلام الشارع
يصان عن الحمل عليه لانه يصير التقدير ان المتساومين ان شاآ عقدا وان شاآ لم يعقدا وهو تحصيل
الحاصل اه وقد استدل فى البناية بقوله تعالى أوفوا بالعقود والبيع عقد فيجب الوفاء به وبقوله
تعالى واشهدوا اذا تبايعتم أمر بالاشهاد للتوثيق فلو كان له الخيار لم يكن له معنى وبقوله عليه الصلاة

(قوله ولانه اذا أوجب أحدهما الخ) معطوف على قوله للاشارة الى ان البائع

والسلام لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولو كان له خيار لم يحتج اليه اه وفيه نظر لجواز أن يكون الكل بعد الافتراق لا قبله ورجح عيسى بن أبان الاول بان المعهود فى الشرع ان الفرقة بالبدن موجبة للفساد كما فى الصرف حال القبض واختلف المتأخرون فى معنى التفرق بالاقوال ففى المستصفى وفتح القدير هو أن يقول الآخر بعد الايجاب لا أقبل فالتفرق رد القول الاول كتفرق بنى اسرائيل اثنين وسبعين فرقة بمعنى اختلاف عقائدهم وفى غاية البيان هو قبول الآخر بعد الايجاب فاذا قبله فقد تفرقا وانقطع الخيار كتفرق الزوجين فعلى الاول اذا وجد التفرق لم يبق البيع أصلا وعلى الثانى لم يبق الخيار ولزم البيع وقد فهم الراوى أعنى ابن عمر رضى الله عنهما خيار المجلس من الحديث فكان كما رواه البخارى اذا اشترى شيأ يعجبه فارق صاحبه لكن تأويل الراوى لا يكون حجة عندنا على غيره وفى فتح البارى عن ابن حزم ان خيار المجلس ثابت بهذا الحديث سواء قلنا التفرق بالكلام أو بالابدان فان قلنا بالابدان فواضح وكذا ان قلنا بالاقوال لان قول أحدهما بعتكه بعشرة وقول الآخر لا بل بعشرين افتراق فى الكلام بخلاف ما لو قال اشتريته بعشرة فانهما متوافقان فيتعين ثبوت الخيار لهما فعلى هذا اذا وجد التفرق انقطع البيع لا انه ينقطع الخيار وظاهر الحديث انقطاع الخيار به مع بقاء العقد واذا احتمل فلم يبق حجة على معين وقد روى البخارى رواية أخرى عن ابن عمر مرفوعا اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا أو يخير أحدهما الآخر وكانا جميعا وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع وهو ظاهر فى انفساخ البيع بفسخ أحدهما قال الخطابى رحمه الله تعالى هو أوضح شئ فى ثبوت خيار المجلس مبطل لكل تأويل مخالف لظاهر الحديث وكذلك قوله فى آخره وان تفرقا بعد ان تبايعا فيه البيان الواضح على أن التفرق بالابدان ولو كان معناه بالقول لخلا الحديث عن الفائدة كذا فى فتح البارى وأطلق فى الايجاب والقبول ولم يقيدهما بالماضى كما فى الهداية لان التحقيق انه لا يتقيد بذلك لانعقاده بكل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك ماضيين أو حالين كما فى الخانية لكن ينعقد بالماضى بلا نية وبالمضارع بها على الاصح كذا فى البدائع وانما احتيج اليها مع كونه حقيقة للحال عندنا على الاصح لغلبة استعماله فى الاستقبال حقيقة أو مجازا كذا فى البدائع وهو المراد بقول بعضهم انه ينعقد فى المستقبل بالنية وفى القنية انما يحتاج الى النية اذا لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال لا للوعد والاستقبال فان كان كذلك كاهل خوارزم لا يحتاج اليها وانما قيده به فى الهداية لاخراج المستقبل فقط أمرا أو مضارعا مبدوأ بالسين أو سوف كما فى الخانية ما لم يؤد معناهما فقال ان دل الامر على المعنى المذكور انعقد به كخذه بكذا فقال أخذته فانه كالماضى يستدعى سابقة البيع الا ان استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه بطريق الاقتضاء كما لو قال بعتك فخذ عبدى هذا بالف فقال فهو حر عتق وثبت اشتريت اقتضاء ويصير قابضا بخلاف ما لو قال وهو حر فلا يعتق كقوله هو حر وفى الخانية لو قال بعد الايجاب أنا آخذه لا يكون بيعا ولو قال أخذته جاز ولو قال للقصاب زن من هذا اللحم كذا بدرهم ففعل لا يكون بيعا وكان للآخر الامتناع من أخذه ولو قال زن لى من موضع كذا من هذا اللحم بكذا درهما فوزنه من ذلك الموضع كان بيعا وليس له الامتناع اه وبهذا علم أن ما فى الحاوى القدسى من أن المضى منهما شرط فى كل عقد الا النكاح تساهل والحاصل كما فى الهداية أن المعتبر فى هذه العقود هو المعنى الا ترى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار بالف درهم أو قال هذا العبد بثوبك هذا

(قوله ان المعتبر فى هذه العقود هو المعنى) قال الرملى سيأتى فى مسئلة التعاطى ان الاشارة الى العقود التمليكية

(قوله ينعقد بلفظ الرد) قال في التتارخانية ولو قال أردعليك هذه الامة بخمسين دينارا وقبل الآخر ثبت البيع (قوله فقبول على الاصح) أى اذا كان من طرف البائع الاتى قد فعلت فهو قبول منهما قال في التتارخانية اذا قال لآخر بعت منك عبدى هذا بالف درهم فقال المشترى قد فعلت فهذا بيع ولو قال نعم لا يكون بيعا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ان من قال لغيره اشتريت عبدك هذا بالف درهم فقال البائع قد فعلت أو قال نعم أو قال هات الثمن صح البيع وهو الاصح اه وسيذكر المؤلف في الصفحة الآتية عن الولوالجية الفرق في نعم لكن تقدم قريبا ان نعم تقع ايجابا وقبولا (قوله واذا تعدد الايجاب الخ) قال في التتارخانية اذا قال الرجل لغيره بعتك عبدى هذا بالف درهم بعتك عبدى هذا بمائة دينار فقال المشترى قبلت ينصرف قبوله الى الايجاب الثانى ويكون هذا بيعا بمائة دينار ولو قال لعبده أنت حر على ألف درهم أنت حر على مائة دينار فقال العبد قبلت لزمه المالان ولو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم وقبل المشترى ثم قال بعت منك بمائة دينار في المجلس أو مجلس آخر وقال المشترى اشتريت ينعقد الثانى وينفسخ الاول وكذلك لو باعه بجنس الثمن الاول باقل أو باكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو باحد عشر فان باع بعشرة لا ينعقد الثانى ويبقى الاول بحاله اه وبهذا يظهر ان قول المؤلف ويكون بيعا بالثمن الاول صوابه بالثمن الثانى (قوله ان كان الثانى بازيد من الاول أو أنقص) قال الرملى أو كان بخلاف جنسه (قوله وان كان مثله لم ينفسخ الاول) قال الرملى الظاهر في وجهه انه لعدم فائدته وقع لغوا ومقتضاه انه اذا كان الثانى فاسدا ينفسخ الاول لافادته أحكاما غير أحكام الصحيح من وجوب رد المبيع قائما وضمان قيمته أو مثله هالكا فتغير الاحكام فيه مما يوجب انفساخ الاول تأمل (قوله واختلفوا فيما اذا كان الثانى فاسدا الخ) قال في النهر ومقتضى النظر ان الاول لا ينفسخ اه قال الرملى جزم في جامع الفصولين والبزازية بانه ينفسخ وفي الحاوى الزاهدى نظر في عدم فسخه حيث قال وفيه نظر ونص شت بخلافه وكذا قال صاحب الذخيرة فان الثانى وان كان فاسدا انه يتضمن

فرضي كان بيعا اجماعا ولو قال أتبيعني عبدك هذا بالف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم فوقعت كلمة نعم ايجابا وكذا تقع قبولا فيما لو قال اشتريت منك هذا بالف فقال نعم بخلاف النكاح فانه ينعقد بالامر كقوله زوجنى لان المساومة لا تليق به فتكون ايجابا وقيل توكيل والواحد يتولاه بخلاف البيع الا في الاب ومن ذكرناه معه وقد ذكر في النكاح أن فائدة الخلاف تظهر فيما اذا صدر الامر من الوكيل فعلى الاول يصح القبول ولا يحتاج الى قبول الوكيل وعلى الثانى لا حتى يقبل وجزم به في الخلاصة لان الوكيل لا يملك التوكيل بلا اذن أو تعميم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبده اشتر نفسك منى بالف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة اذا قال هب لى هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين ابرئنى عمالك علىّ من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز كذا في فتح القدير وفي تصوير الكفالة نظر والصواب كما في الخانية اكفل لى بمالى على زيد أو اكفل لى بنفس زيد فقال كفلت تمت ولكن في الخلع تفصيل فان قالت اخلعنى فقال خلعتك على كذا لم يقع ما لم تقبل بخلاف ما لو قالت اخلعنى على كذا فقال قد فعلت كذا في الصيرفية وبهذا علم ان ما في الحاوى القدسى من ان المضى فيهما شرط في كل عقد الا النكاح تساهل وحاصل ما في التتارخانية مما يناسب المقام انه ينعقد بلفظ الرد وبيع معلق بفعل قلب كان أردت فقال أردت أو ان أعجبك فقال أعجبنى أو ان وافقك فقال وافقنى وأما اذا قال ان أديت الى ثمن هذا العبد فقد بعتك فان أدى في المجلس صح ولو قال بعت منك بالف ان شئت يوما الى الليل كان تخييرا لا تعليقا وباجزت بعد قوله بعت وبقوله أقلتك هذا فقال قبلت على قول أبى بكر الاسكاف وقال الفقيه أبو جعفر لا يكون بيعا وبه أخذ الفقيه أبو الليث وتصح اضافة البيع الى عضو تصح اضافة العتق اليه وما لا فلا وقد فعلت ونعم وهات الثمن قبول على الاصح ولو قال بعنى هذا بكذا فقال طابت نفسى لا ينعقد ويصح الايجاب بلفظ الهبة وأشركتك فيه وأدخلتك فيه ايجاب واذا تعدد الايجاب فبكل ايجاب بمال انصرف قبوله الى الايجاب الثانى ويكون بيعا بالثمن الاول وفي الاعتاق والطلاق على مال اذا قبل بعدهما لزمه المالان ولا يبطل الثانى الاول واذا تعدد الايجاب والقبول انعقد الثانى وانفسخ الاول ان كان الثانى بازيد من الاول أو أنقص وان كان مثله لم ينفسخ الاول واختلفوا فيما

اذا كان الثانى فاسدا اهـ ل يتضمن فسخ الاول والصلح بعد الصلح الثانى باطل والاول صحيح وكذا الصلح بعد الشراء صلح باطل ولو كان الشراء بعد الصلح فالشراء صحيح والصلح باطل كذا فى جامع الفصولين وفى فروق الكرابيسى الكفالة بعد الكفالة صحيحة والحوالة بعد الحوالة باطلة والنكاح بعد النكاح الثانى باطل فلا يلزمه المهر المسمى فيه الا اذا جدده للزيادة فى المهر كما فى القنية وأما الاجارة بعد الاجارة للمستأجر الاول فلم أرها وينبغى ان المدة اذا اتحدت فيهما واتحد الاجران لا تصح الثانية كالبيع وأما الهبة بعد الشراء فلا تفسخه دون الصدقة كالرهن بعده والشراء بعد الصدقة فسخها والشراء بعد القرض باطل كذا فى القنية والهبة اعم الم تفسخه اذا لم يكن للولد منهما أيضا وهبة الثمن بعد الايجاب قبل القبول مبطل للايجاب وقيل لا و يكون ابراء وسكوت المشترى عن الثمن مفسد للبيع وايجاب البيع بلا ثمن نفيا غير صحيح ويصح الايجاب بلفظ الجعل كقوله جعلت لك هذا بالف لما ذكره محمد من ان القاضى اذا قال للدائن جعلت لك هذا بدينك كان بيعا وهو الصحيح وفيه دليل على انه لو قال لغيره هذا الشئ بيع بدينك فقبل انعقد كقوله هذا العبد عليك بالف درهم وصح الايجاب بقوله رضيت وانكار الايجاب بعد الاقرار به لا يبطله حتى لو أقر به بعدما افترقا جاز وكذا النكاح واذا أوجب فى عقدين كبعتك هذا وزوجتك هذه بالف فقبلهما جاز وانقسم الالف على مهر مثل هذه وقيمة هذه وان قبل البيع وحده لا يجوز وان قبل النكاح وحده جاز بحصة مهر مثلها من الالف ولو قال بعتك هذه الدار وأجرتك هذه الارض فقال قبلت يكون جوابا لهما ولو أراد أن يقول بعتك هذا بالف فسبق لسانه لغيره فهو على المذكور فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولو قال بعت هذا العبد فلانا فبلغه الرسول فقال اشتريت لا يصح وقيده السغناقى فى المجلس ويصح الرجوع عن الرسالة قبل التبليغ الا فى رواية ولو قال بعت منه فبلغه يافلان فبلغه غيره جاز وهذا مما يحفظ جدا ولو قال بعته من فلان الرسول فقال المشترى اشتريته لا يصح ولو قال بعته من فلان الغائب لم يجز الا اذا قبل منه فضولى أو يقول بلغه ولو أوجب البيع فقال المخاطب لآخر قل اشتريت فقال الآخر اشتريت ان أخرجه مخرج الرسالة صح وان أخرجه مخرج الوكالة لا يصح وكذا

الاول كما لو اشترى قلب فضة وزنها عشرة بعشرة وتقابضا ثم اشتراه منه بتسعة يتضمن فسخ الاول وان كان الثانى فاسدا وعلل البزازى وصاحب جامع الفصولين بانه ملحق بالصحيح فى كثير من الاحكام والله تعالى أعلم (قوله والصلح بعد الصلح الثانى باطل) يعنى اذا كان الصلح على سبيل الاسقاط لما فى الخلاصة قبيل الثالث من البيوع ان المراد الصلح الذى هو اسقاط أما اذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثانى هو الجائز ولا يفسخ الاول كالبيع حموى على الاشباه (قوله وأما الاجارة الخ) قال المؤلف فى الاشباه وأما الاجارة بعد الاجارة من المستأجر الاول فالثانية فسخ للاولى كما فى البزازية اهـ وكأنه رآها بعد فان تأليف الاشباه متأخر عن هذا الشرح (قوله وهبة الثمن بعد الايجاب الخ) قال فى التتارخانية وفى الفتاوى الاصل اذا قال لغيره بعت منك هذا بالف درهم و وهبت منك الالف فقال المشترى اشتريت صح البيع ولا تجوز البراءة لان الثمن لم يجب بعد وفى مجموع النوازل البيع لا يصح فى هذه الصورة لان هذا فى معنى البيع بلا ثمن اهـ وقال قبل هذا بصفحة وفى الفتاوى الخلاصة رجل قال لآخر بعت منك عبدى هذا بعشرة دراهم ووهبت منك العشرة وقال الآخر اشتريت لا يصح البيع أما اذا باع بكذا من الثمن وقبل المشترى ثم أبرأه من الثمن أو وهبه أو تصدق عليه صح ولو باعه فسكت عن الثمن ثبت الملك اذا اتصل به القبض فى قول أبى يوسف ومحمد ولو قال بعت بغير ثمن لم يملك المبيع وان قبض (قوله وانكار الايجاب بعد الاقرار به لا يبطله الخ) الذى رأيته فى التتارخانية هكذا رجل قال لآخر كنت بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال الآخر لم أشتره منك فسكت البائع حتى قال المشترى فى المجلس أو بعدما افترقا قد اشتريت بالف منك جاز وكذا النكاح اهـ فليتأمل (قوله وقيده السغناقى فى المجلس) كذا فى التتارخانية ولم يظهر وجهه فتأمل (قوله ولو قال بعته من فلان الرسول) كذا فى النسخ وفيه سقط وعبارة التتارخانية ولو قال بعته من فلان فبلغه فبلغه الرسول فقال المشترى اشتريت لا يصح انتهت وقوله لا يصح مخالف لقوله قبله جاز لكن صاحب التتارخانية عزا الحكمين الى كتابين لا كما فعل المؤلف من تركه العزو وعبارة الخلاصة رجل قال لآخر بعت هذا العبد من فلان فبلغه فبلغه الرسول فقال اشتريت جاز لان قول الرسول كقول المرسل ولو لم يقل بلغه فبلغه وقال المشترى اشتريت لا يصح اهـ ثم راجعت نسخة أخرى من التتارخانية فرأيتها مثل ما نقله المؤلف

(قوله الا في مسئلة ذكرها قاضيخان الخ) قال في النهر هذا سهو ظاهر منشؤه فهم ان المراد جاز البيع وليس كذلك بل جاز قبول الوصية وعلى الوصي أن يبيعه بايجاب وقبول ثم رأيت المسئلة ولله الحمد في شفعة المحيط طبق ما فهمت حيث قال أوصى بأن تباع داره من رجل بالف درهم فقبل الموصى له بعد موته وجبت الشفعة وان لم يقبضها لان الوصية بشرط العوض وانها لا تفيد الملك الا بعد القبض وهذا اذا أوجب الوارث أو الوصي البيع بعد موته وقبل الموصى له اه (قوله وعليه تفرع ما في الخانية الخ) ربما يخالفه ما في الخانية أيضا في باب البيع الفاسد رجل باع ثوبا برقمه ثم ان البائع باعه من آخر قبل أن يبين الثمن جاز بيعه من الثاني ولو ان البائع أخبر الاول بالثمن فلم يجز حتى باعه البائع من آخر لم يجز بيعه من الثاني لان البائع لما بين الثمن توقف البيع على اجازة المشتري الاول ألا ترى ان المشتري لو استهلكه بعد العلم بالثمن كان عليه الثمن ولو استهلكه قبل العلم بالثمن كان عليه قيمته اه فليتأمل ثم ظهر الجواب بان هذا بعد الايجاب والقبول من المشتري وقبل العلم بالثمن وما نحن فيه قبل القبول اه (قوله ولو صدر الايجاب والقبول معا صح البيع) عزاه في التتارخانية الى الخلاصة قال هكذا كان يقول والدي لكن في القهستاني وينبغي أن تكون الواو في قوله بايجاب وقبول بمعنى الفاء فانهما لو كانا معا لم ينعقد كما قالوا في السلم اه وظاهره انه قاس البيع على السلم وقد صرح في التجنيس بخصوص مسئلتنا فقال رجل قال لآخر بعتك هذا العبد بالف درهم فقال الآخر قبلت وقال البائع رجعت وخرج الكلامان منهما معا لم يصح البيع لانه قارن القبول ما يمنع صحة القبول وهو رجوع البائع اه

الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع واذا قبل المشتري فلم يسمعه البائع لم ينعقد فسماع المتعاقدين كلاهما في البيع شرط للانعقاد اجماعا فان سمع أهل المجلس كلام المشتري والبائع يقول لم أسمع ولا وقر في اذنه لم يصدق قضاء وفي البزازية وكذا السماع شرط في النكاح والخلع في المختار وفي المحيط وينعقد بلفظ بذلته بكذا وشرط في الحاوي القدسي السماع والفهم وفرق في الولوالجية في القبول بنعم بين أن يبدأ البائع بالايجاب أو المشتري فان بدأ البائع فقال بعت عبدي هذا بالف فقال المشتري نعم لم ينعقد لانه ليس بتحقيق ألا ترى انه اذا قال الرجل لامرأته اختاري نفسك فقالت قد فعلت كان هذا اختيارا ولو قالت نعم لا يكون اختيارا ثم قال بعده قال لآخر اشتريت عبدك هذا بالف وقال الآخر نعم صح البيع لانه جواب اه وتحقيقه فيما كتبناه في القواعد الفقهية وذكر في القنية ان نعم بعد الاستفهام هل بعت مني بكذا أو هل اشتريت مني بكذا بيع اذا نقد الثمن لان النقد دليل التحقيق وفي الخانية لو قال أبيعه بخمسة عشر فقال لا آخذه الا بعشرة فذهب به ولم يقل البائع شيأ فهو بخمسة عشر ان كان المبيع في يد المشتري حين ساومه وان كان في يد البائع فاخذه منه المشتري ولم يمنعه البائع فهو بعشرة ولو كان عبد المشتري وقال المشتري لا آخذه الا بعشرة وقال البائع لا أبيعه الا بخمسة عشر فرد عليه المشتري ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع اليه ولم يقل شيأ فذهب به المشتري فهو بعشرة ولو أخذ ثوبا من رجل فقال البائع هو بعشرين وقال المشتري لا أزيدك على العشرة فاخذه وذهب به وضاع عنده قال أبو يوسف هو بعشرين ولو أخذ ثوبا على المساومة فدفعه اليه البائع وهو يساومه فقال البائع هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البائع اه وفي المجتبى اذا مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتهما ينظر الى آخرهما كلاما فيحكم بذلك اه ولا بد من كون القبول في مجلس الايجاب فلو قام أحدهما قبله بطل وقيل لا ما دام في مكانه ولو تكلم البائع مع انسان في حاجة له فانه يبطل وفي المجتبى لو أوجب المشتري فقال البائع هو لك أو عبدك فهو بيع ولا بد من حياة الموجب الى القبول فلو مات بطل الا في مسئلة ذكرها قاضيخان في فتاواه لو أوصى ببيع داره من رجل فقال داري بيع منه بالف درهم ومات فقبل الموصى له بعد موته جاز كذا ذكره أبو يوسف في النوادر ولا بد من ان يكون القبول قبل رجوع الموجب فلو رجع في كله أو بعضه بطل وعليه تفرع ما في الخانية لو قال بعتك هذا بالف ثم قال لآخر بعتك نصفه بخمسمائة فقبل الثاني قال أبو يوسف يصح قبول الثاني ولا يصح قبول الاول بعد رجوع البائع عن النصف اه ولو خرج القبول ورجوع الموجب معا كان الرجوع أولى كما في الخانية ولو صدر الايجاب والقبول معا صح البيع كما في التتارخانية ولا يشترط أن يشتمل القبول على الخطاب بعد ما صدر الايجاب بالخطاب فلو قال بعد قوله بعتك اشتريت ولم يقل منك

صح

صح كما فى فتح القدير ولو قال بعتكه بألف فقال اشتريته بألف الى سنة أو بشرط الخيار لم يتم الا اذا رضى فى المجلس كذا فى المجتبى ولا بد من كون القبول قبل تغير المبيع وعليه تفرع ما فى الخانية لو قطعت يد الجارية بعد الايجاب وأخذ البائع أرشها أو ولدت الجارية أو تخمر العصير ثم صار خلا لم يصح قبول المشترى اهـ وكذا لو كان المبيع عبدين فقتل أحدهما خطأ وأخذ البائع الارش لم يجز القبول كذا فى الظهيرية ولا بد أن يكون قبل رد المخاطب الايجاب فلو قال بعتك بالف فقال لا أقبل بل أعطيتنيه بخمسمائة ثم قال أخذته بالف قال أبو يوسف ان دفعه اليه فهو رضا والا فلا كذا فى الخانية وقدمنا فى بيان الشرائط انه لا بد أن يكون القبول فى جميع ما أوجب بجميع ما أوجبه فلم يصح القبول فى البعض أو بالبعض حيث كانت الصفقة متحدة للزوم تفريق الصفقة المقتضى لعيب الشركة لا من جهة جريان العادة بضم الجيد الى الردىء ليروج كما وقع فى بعض الكتب فانه لا يشمل ما اذا كان المبيع واحدا فقبل فى البعض كما فى الغاية ولا بد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفريقها وحاصل ما ذكروه ان الموجب اذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما بائعا كان الموجب أو مشتريا وعلى عكسه لم يجز القبول فى حصة أحدهما وان اتحدا لم يصح قبول المخاطب فى البعض فلم يصح تفريقها مطلقا فى الاحوال الثلاثة أعنى ما اذا اتحد الموجب أو تعدد أو اتحد القابل أو تعدد لاتحاد الصفقة فى الكل وكذا اذا اتحد العاقدان وتعدد المبيع كأن يوجب فى مثليين أو قيمى ومثلى لم يجز تفريقها بالقبول فى أحدهما الا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فيكون القبول ايجابا والرضا قبولا وبطل الايجاب الاول فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو اما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره ففيما اذا كرره فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل فى أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف وصوره فى بعض الكتب أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف وهذا بالفين وفيما اذا لم يكرره وفصل الثمن فظاهر الهداية التعدد وبه قال بعضهم ومنعه الآخرون وحملوا كلامه على ما اذا كرر لفظ البيع وقيل ان اشتراط تكرار لفظ البيع للتعدد استحسان وهو قول الامام وعدمه قياس وهو قولهما ورجح فى فتح القدير قولهما بقوله والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه أيهما شاء والا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل واحد منهما اهـ واعلم ان تفصيل الثمن انما يجعلهما عقدين على القول به اذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار القيمة أما اذا كان منقسما عليهما باعتبار الاجزاء كالقفيزين من جنس واحد فان التفصيل لا يجعله فى حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل فلم يعتبر التفصيل كما فى شرح المجمع للمصنف وهو تقييد حسن واذا كانت الصفقة متحدة لم يجز التفريق فى القبض أيضا فلو تعدد المبيع ونقد بعض الثمن لم يجز ان يقبض بعض المبيع فان تعددت الصفقة جاز وحكم الابراء عن البعض كالاستيفاء وكذا اذا أجل ثمن بعض المبيع دون البعض لم يكن له أن يقبض شيأ من المبيع حتى ينقد الحال وكذا لو كان للمشترى على البائع دين أقل من الثمن فالتقيا قصاصا بقدره لم يكن له أن يقبض شيأ من المبيع حتى يأخذ الباقى كما فى التتارخانية ويتفرع أيضا ما لو حضر أحد المشتريين وغاب الآخر فنقد الحاضر حصته لم يكن له قبض شئ من المبيع حتى ينقد الغائب أو هو الجميع وقام الشريك مقام الغائب فى حبس حصة الغائب حتى يدفع

(قوله وأخذ البائع ارشها) قال فى النهر الظاهر ان التقييد باخذ الارش اتفاقى اهـ قلت يؤيده ما فى التتارخانية عن الظهيرية حيث قال ودفع ارش اليد الى البائع أو لم يدفع (قوله بل أعطيتنيه بخمسمائة) بحذف همزة الاستفهام وفتح تاء المخاطب

له ما عليه فان هلك المبيع قبل طلب الغائب هلك أمانة فاذا حضر الغائب رجع عليه وان هلك بعد طلبه وحبسه للاستيفاء هلك أمانة بثمنه فلا رجوع على الغائب ولو أبرأ البائع أحدهما عن حصته من الثمن أو أخره لم يكن له أن يقبض حصته من المبيع حتى ينقد الآخر وأما اذا تعددت الصفقة في هذه المسائل انعكست الاحكام كذا في التتارخانية ثم اعلم ان الاجارة والقسمة كالبيع لا يجوز فيهما تفريق الصفقة حتى لو أجر عبده شهرين بكذا فقبل في أحدهما لم يجز وكذا لو قال قاسمتك هذا الرقيق الاربعة على ان هذين لي وهذين لك فقال الآخر سلمت لك هذا ولا أسلم لك هذا الآخر لم يجز ويجوز هذا في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال ولو جمع بين النكاح والبيع فقبل أحدهما ان قبل النكاح جاز وان قبل البيع لم يجز ولو جمع عتقا وطلاقا أو عتقا ونكاحا أو طلاقا ونكاحا جاز قبول أحدهما ولو جمع مكاتبة وعتقا وبين حصة المكاتبة جاز أيهما قبل وان لم يبين لم يجز قبول الكتابة ولو كان لرجل على رجل دم عمد بان قتل أخويه فقال لمن عليه صالحتك منهما على عشرة آلاف فقال رضيت عن دم فلان بخمسة آلاف صح وله أن يقتل الآخر ولو قال من عليه صالحتك عنهما على عشرة آلاف فقبل عن أحدهما لم يجز كذا في المحيط ويستثنى من قوله يلزم بايجاب وقبول ما اذا حصلا بعد عقد فاسد لم يتركاه فان البيع ليس بلازم ويتفرع عليه ما في الخانية لو اشترى ثوبا بشراء فاسد ثم لقيه غدا فقال قد بعتني ثوبك هذا بألف درهم فقال بلى فقال قد أخذته فهو باطل وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد فان كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم ولو باع عبدا من رجل بألف درهم وقال ان جئتني اليوم بالثمن فهو لك وان لم تجئني اليوم بالثمن فلا بيع بيني وبينك فقبل المشتري ولم يأته بالثمن فلقيه غدا فقال المشتري قد بعتني عبدك هذا بألف درهم فقال نعم فقال قد أخذته فهو شراء الساعة لان ذلك الشراء قد انتقض ولم يشبه هذا البيع الفاسد اه مع ان البيع يفسد اذا كان فيه خيار نقد ولم ينقد حتى مضى الوقت حتى قالوا بفساده وعدم انفساخه حتى لو كان عبدا في يد المشتري واعتقه صح فينبغي ان لا فرق لان الفرع الثاني من افراد البيع الفاسد وقدمنا ان البائع اذا قبل بأقل مما أوجبه المشتري صح وكان حطا وان المشتري اذا قبل بازيد صح وكان زيادة ان قبلها في المجلس لزمت وشمل كلامه الايجاب والقبول بالكتابة والرسالة قال في الهداية والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت تم البيع بينهما وصورة الارسال ان يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم واذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقبل المشتري في مجلسه ذلك وفي النهاية وكذا هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع بخلاف البيع والشراء فانه لا يتوقف فان من قال بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا وبلغه الخبر فقبل لا يصح لان شطر العقد لا يتوقف فيه بالاجماع فاما في النكاح فلا يتوقف الشطر عندهما خلافا لابي يوسف ثم في كل موضع لا يتوقف شطر العقد فانه يجوز من العاقد الرجوع عنه ولا يجوز تعليقه بالشروط لانه عقد معاوضة وفي كل موضع يتوقف كالخلع لا يصح الرجوع ويصح التعليق بالشرط لكونه يمينا من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد اه وفي فتح القدير ويصح الرجوع من المكاتب والمرسل قبل الوصول سواء علم الآخر أو لم يعلم

(قوله مع ان البيع يفسد الخ) أي بناء على ما صححه في الخانية أيضا من انه لو لم ينقد في المدة يفسد ولا ينفسخ كما سيذكره المؤلف في باب خيار الشرط وحينئذ فلا منافاة بين الفرعين لان الفرع الثاني مبني على مقابل الصحيح من انه ينفسخ ولا يفسد ولهذا قال لان ذلك الشراء قد انتقض الخ تأمل

وفى غاية البيان معزيا الى مبسوط شيخ الاسلام الخطاب والكتاب سواء الا فى فصل واحد وهو أنه لو كان حاضرا فخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابته فى مجلس آخر فان النكاح لا يصح وفى الكتاب اذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه فى هذا المجلس ثم زوجت نفسها منه فى مجلس آخر عند الشهود وقد سمعوا كلامها وما فى الكتاب يصح لان الغائب انما صار مخاطبا لها بالكتاب وهو باق فى المجلس الثانى اه وفى الخبازية معزيا الى المبسوط لو كتب اليه يعنى بكذا فقال بعت تم البيع وقد طعنوا فيه بانه لا ينعقد بالامر من الحاضر فكيف بالامر من الغائب وأجاب فى المعراج بان مراد محمد بيان الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود لا بيان اللفظ أو يقال يعنى من الحاضر استيام ومن الغائب ايجاب وفيه نوع تأمل اه وفى النهاية معزيا الى شرح الطحاوى يصح الرجوع عن الرسالة علم الرسول أو لم يعلم اه وفى وكالة البزازية والخلاصة لا يصح عزل الرسول بدون علمه اه فعلى هذا يفرق بين الرجوع والعزل (قوله وبتعاط) أى ويلزم البيع بالتعاطى أيضا لان جوازه باعتبار الرضا وقد وجد وقد بناه فى الهداية على أن المعتبر فى هذه العقود هو المعنى والاشارة الى العقود التمليكية كما فى المعراج فخرج الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى قال ولا يلزم على أصحابنا شركة المفاوضة فانهم قالوا انها تنعقد بلفظ المفاوضة فقط لان عقد المفاوضة لما توقف على شروط لا يهتدى الى استيفائها العوام فى معاملاتهم حتى لو كانا عالمين بشروطها فعقدوها بلفظ آخر مع استيفاء الشروط صح كذا فى شرح المجمع اه وفى فتح القدير بعد نقل ما فى المعراج وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثره فى ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا قارنت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراده به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بلفظ المستقبل اه وهذا سهو فان المراد أن البيع لا يختص بلفظ وانما يثبت الحكم اذا وجد معنى التمليك والتملك بخلاف الطلاق والعتاق فانه لا يعتبر المعنى فيهما وانما تعتبر الالفاظ الموضوعة لهما صريحا كان أو كناية ولذا قالوا لو قال لها طلقى نفسك نصف تطليقة فطلقت نفسها واحدة لم يقع وان كان الطلاق لا يتجزى واذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت عشرا لا يقع وان كان الطلاق لا مزيد له على الثلاثة ثم اعلم أن المعنى وان كان معتبرا فى البيع ونحوه خاصة لا بد من صحة الاستعارة اذا كان اللفظ مجازا ولذا قالوا لو قال بعتك هذا بغير ثمن كان باطلا ولا يكون مجازا عن الهبة مع أنه أتى بمعناها وكذا لو قال أجرتك دارى شهرا بغير شئ لا يكون عارية مع أنه أتى بمعناها وكذا لو قال اشتريت منك خدمة عبدك هذا شهرا بكذا وكذا فهو اجارة فاسدة وكذا لو قال بعت منك منافع هذه الدار شهرا بكذا فهى اجارة فاسدة فلم تعتبر المعنى والمسائل فى الخلاصة والخانية بخلاف ما اذا قال أعرتك دارى شهرا بكذا فهى اجارة وكذا وهبتك منافعها شهرا بكذا اعتبارا للمعنى وحقيقة التعاطى وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ وهو يفيد أنه لا بد من الاعطاء من الجانبين لانه من المعاطاة وهى مفاعلة فتقتضى حصولها من الجانبين كالمضاربة والمقاسمة والمخاصمة وعليه أكثر المشايخ كما ذكره الطرسوسى وأفتى به الحلوانى وفى البزازية أنه المختار وصحح فى فتح القدير أن اعطاء أحدهما كاف ونص محمد على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم المبيع والثمن ونصه فى الجامع على أن تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع

وبتعاط

(قوله لان الغائب انما صار مخاطبا لها بالكتاب) الذى فى غاية البيان خاطبا من الخطبة وتمام العبارة بعد قوله وهو باق فى المجلس الثانى فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمع الشهود ما فى الكتاب فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر فاما اذا كان حاضرا فانما صار خاطبا لها بالكلام وما وجد من الكلام فى المجلس الاول لا يبقى الى المجلس الثانى فانما سمع الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى العقد وسماع الشاهد شطرى العقد فى مجلس واحد شرط لجواز النكاح اه

(قوله ففي بيع التعاطي بالاولى) أقول ذكر في النهاية والكفاية وفتح القدير عند قول الهداية ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة الا أن يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز في الوجهين اهـ لهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع فان قيل بل مثلها مانع أيضا كما في البيع بالرقم فانه فاسد وان كانت ازالة الجهالة بيدهما قلنا انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو بسببه بمنزلة القمار لانه يحتمل أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم أو أكثر أو أقل وعن هذا قال الامام شمس الائمة الحلواني وان علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضي اهـ وعبر في الفتح بقوله بالتعاطي وتارة بالتراضي والتعاطي فالمراد واحد وحينئذ يظهر تقييد المسئلة أعني عدم انعقاد البيع بالتعاطي بعد عقد فاسد قبل المتاركة بما اذا كان ذلك بعد المجلس أما لو تراضيا فيه ينعقد بدون متاركة العقد الاول الفاسد كما هو صريح عبارة شمس الائمة الا ان تقيد بما اذا كان بعد متاركة الاول فليتأمل وانظر ما يأتي في شرح قوله ولو باع ثلة أو ثوبا ولعل في المسألة قولين فوجده

(قوله وهو محمول على ما ذكرناه) أي من ان عدم الانعقاد قبل متاركة الاول وعبارة الخلاصة اشترى رجل من وسائدي وسائد ووجوه الطنافس وهي غير منسوجة بعد ولم يضرب له أجلا لم يجز فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم الى المشتري لا يصير هذا بيعا بالتعاطي لانهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وانه وقع باطلا

مع بيان الثمن أما اذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع لا يجوز لان المبيع أصل الا اذا كان بيع مقايضة كذا في البزازية فقد تحرر أن في المسئلة ثلاثة أقوال وفي القاموس التعاطي التناول وهكذا في الصحاح والمصباح وهو انما يقتضي الاعطاء من جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي وأصل الاختلاف انما نشأ من كلام الامام محمد فانه ذكر بيع التعاطي في مواضع فصوره في موضع بالاعطاء من الجانبين ففهم البعض أنه شرط وصوره في موضع بالاعطاء من أحدهما ففهم البعض بانه يكتفى به وصوره في موضع بتسليم المبيع ففهم البعض على أن تسليم الثمن لا يكفي كما ذكره في الذخيرة وصورته من أحدهما أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب به برضا صاحبه من غير دفع الثمن أو يدفع الثمن المشتري للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع فان البيع لازم على الصحيح حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضي وهذا فيما ثمنه غير معلوم أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه الى بيان الثمن كما في البزازية ومن بيع التعاطي حكما ما اذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه أمتك والمالك يعلم أنها ليست اياها وحلف وأخذها حل الوطء للمودع وكان بيعا بالتعاطي وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط انها هي وسعه أخذها وينبغي تقييده فيما اذا كانت العين ملكا للدافع أما اذا لم تكن ملكا له فلا ومنه قول الدلال للبزاز ان هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وكذا بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن انها ليست له فاخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي كما في فتح القدير وعلى هذا لا بد من الرضا في جارية الوديعة وبطانة الخياط وعلى هذا فالامر بالعزل أو الوزن يكفي عن القبض فهذا بيع معاطاة ولا قبض فيه من أحد الجانبين لكون الامر بالعزل والوزن قائما مقام القبض ويجب أن يقام الايجاب لاقتضائه سابقة اشتريت كاقتضاء خذ سابقة البيع ووزن المخاطب قبول لما قدمنا أنه يكون بالفعل فالوزن والعزل فعل هو قبول فلا ينبغي ادخاله هنا كما فعل ابن الهمام وقدمنا في الايجاب والقبول انهما بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد ففي بيع التعاطي بالاولى وهو صريح الخلاصة والبزازية أن التعاطي بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع لانه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه وأطلقه فشمل الخسيس والنفيس لان المعنى يشمل الكل وهو الصحيح المعتمد كما في الهداية وغيرها وفي الحاوي القدسي المشهور أنه لا يجوز في نفائس الاشياء اهـ قلت وما ادعاه من المشهور فخلاف المشهور والنفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالخبز ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فاكثر والخسيس بما دونه وفي البزازية اشترى وقرا بثمانية ثم قال ائت بوقر آخر والقه هنا ففعل له طلب الثمن قال لقصاب كم من هذا اللحم بدرهم فقال منوان فاعطى الدرهم وأخذه فهو بيع جائز ولا يعيد الوزن وان وزنه

فوجده أنقص رجع بقدره من الدرهم لا من اللحم لان الانعقاد بقدر المبيع المعطى قال كيف تبيع اللحم قال ثلاثة أرطال بدرهم فقال أخذت فزن فله أن يزن ولا يلزم وان وزن فله أن لا يعطى وللمشترى أن لا يأخذ وان قبضه المشترى أو جعله البائع فى وعاء باذن المشترى تم البيع وفيه انعقاده بالاعطاء من جانب حلف لا يشترى أو لا يبيع فباع أو اشترى بالتعاطى قيل وقيل اه وقدمنا أنه لو أمره بالوزن ولم يبين موضعا فوزن له لا يكون بيعا ولو بين له كان بيعا وقد ذكره فى فتح القدير هنا على العكس فليتأمل واعلم أن الاقالة تنعقد بالتعاطى أيضا من أحد الجانبين على الصحيح كالبيع كما فى البزازية وفى القنية دفع الى بائع حنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشترى ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع اليك ولم يجر بينهما بيع وذهب المشترى فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر فليس للبائع أن يمنعها منه بل عليه ان يدفعها بالسعر الاول قال رضى الله عنه وفى هذه الواقعة أربعة مسائل أحدها الانعقاد بالتعاطى الثانية الانعقاد به فى الخسيس والنفيس وهو الصحيح الثالثة الانعقاد به من جانب واحد والرابعة كما ينعقد باعطاء المبيع ينعقد باعطاء الثمن اه قلت وفيها مسئلة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة الثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته وفى المجتبى معزيا الى النصاب عليه دين فطالب رب الدين به فبعث اليه شعيرا قدرا معلوما وقال خذه بسعر البلد والسعر لهما معلوم كان بيعا وان لم يعلماه فلا ومن بيع التعاطى تسليم المشترى ما اشترى الى من يطلبه بالشفعة فى موضع لا شفعة فيه وكذا تسليم الوكيل بعد ما صار شراؤه لنفسه الى الموكل اذا قبضه الآمر وأنكر الامر وقد اشترى له كذا فى المجتبى وذكر مسئلتى الوديعة والخياط المتقدمتين ومنه لو ادعى بيعا وبرهن بشهود زور والقضاء اذا رضى الآخر به على قول أبى يوسف كذا فى المجتبى يعنى وان قالا بان القضاء بشهادة الزور لا ينفذ باطنا نقول بالانعقاد بالتعاطى بعده ثم اعلم أنه انما ينعقد بالتعاطى بشرط أن لا يصرح معه بعدم الرضا فلو قبض الدراهم الثمن وأخذ صاحبها البطاطيخ والبائع يقول لا أعطيكها أو حلف فانه لا يصح البيع وتمامه فى القنية والله أعلم (قوله وأى قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) لكونه امتناعا عن اتمام العلة لا ابطالا لها وهذا لان ايجاب البائع أحد شطرى العلة والحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين كان للاول حكم السبب وللثانى حكم العلة فلما لم يكن للاول قبل القبول حكم العلة لا يكون ابطال الايجاب بالقيام ابطالا للعلة فيجوز ولان القيام دليل الاعراض فعملت الدلالة عملها من الابطال فبعد ذلك لا يعارضها صريح قبول يأتى بعدها لانه انما يقدم عليها اذا لم تعمل عملها وفى المجتبى المجلس المتحد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل غير ما عقد له المجلس أو ما هو دليل الاعراض عن العقد أطلق القيام ولم يقيده بالانتقال عن المجلس بناء على ظاهر ما فى الهداية ومشى عليه جمع واختاره قاضيخان معللا بانه دليل الاعراض وقيده شيخ الاسلام بالذهاب وشمل ما اذا قام أحدهما لحاجة كما فى الحاوى ولكن فى القنية لو قام لحاجة لا معرضا فانه لا يصح اه فعلى هذا القيام مبطل وان لم يكن دليل الاعراض وأشار بالقيام الى أن المجلس يتبدل بما يدل على الاعراض كالاشتغال بعمل آخر كالاكل الا اذا كان لقمة أو شرب الا اذا كان القدح فى يده فشرب ونوم الا النوم جالسا وصلاة الا اتمام فريضة أو اتمام شفع نفلا فلو أتمه أربعا بطل وكلام ولو لحاجة ومنه ايجاب لانسان بعد الايجاب الاول فاذا قبلا كان للثانى لبطلان الاول كما قدمناه أو مشى الا خطوة وخطوتين كما فى الخلاصة وفى جمع التفاريق وبه نأخذ وهو خلاف ظاهر الرواية وفى

وأى قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب

(قوله وتمامه فى القنية) قال فيما دفع اليه دراهم يشترى البطاطيخ المعينة فاخذها ويقول لا أعطيها بها وأخذ المشترى منه البطاطيخ فلم يستردها ويعلم عادة السوق ان البائع اذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع والا يكون راضيا به ويصيح خلافه لا أعطيها تطييبا لقلب المشترى فقال مع هذا لا يصح البيع (بو) مثله اه

ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لا مشار

(قوله ولذا قال في الاصلاح) تأييد للفرق بين قام وبين قام عنه (قوله فلو باع عبد الخ) أفاد انه ليس المراد بالقدر ما قالوا في الربا لابد من اتحاد القدر والجنس فان المراد به هناك ما يقدر بكيل أو وزن وهنا أعم منه لان المبيع قد يكون نحو العبد والدابة فالمراد بالقدر ما يخصصه عن انظاره باضافة الى البائع حيث لم يكن له غيره أو ببيان مكانه الخاص حيث لم يكن فيه غيره أو بذكر حدود أرض أو بيان مقداره ككر حنطة وكان يملكه

المعراج وقيل قوله قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنه شرط لان القيام عنه يتحقق بالذهاب أما اذا لم يذهب لا يقال قام عنه وانما يقال قام فيه ولذا قال في الاصلاح أو قام وقال في الايضاح لم يقل عن المجلس لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس وفي البناية معزيا الى بعضهم ان قولهم قام عنه يدل على الذهاب والا كان يقول قام فيه ولبس ثوب الا اذا فعل القابل بالمبيع الاكل والشرب واللبس فقبول وفي الجوهرة لو كان قائما فقعد لم يبطل وعلى اشتراط اتحاد المجلس تفرع لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو كانا على دابة واحدة لم يصح في ظاهر الرواية لاختلاف المجلس واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه ان أجاب على فور كلامه متصلا جاز وصححه في المحيط ثم قال وقيل يصح وان فصلا بسكوت ما لم يتفرقا بابدانهما اهـ وفي المجتبى ما لم يتفرقا بذاتيهما وهو أحسن وعلى الاختلاف ما اذا لم يقف أما اذا وقف بعد ما سار فقبل الآخر فانه يصح كما في المحيط وفي غاية البيان والسفينة بمنزلة البيت لانهما لا يملكان ايقافها فجريانها لم يضف اليهما فلا ينقطع مجلسهما بجريانها بخلاف الدابة فانهما يملكان الايقاف قيد بالبيع لان الخلع والعتق على مال لا يبطل الايجاب فيه بقيام الزوج والمولى لكونه يمينا ويبطل بقيام المرأة والعبد لكونه معاوضة في حقهما كما في النهاية وأما في خيار المخيرة فانه اذا خيرها وهي واقفة وسار الزوج أو مشى قبل ان تختار ثم اختارت وقع بخلاف ما اذا سارت لانه يقتصر على مجلسها خاصة بخلاف البيع فانه يقتصر على مجلسهما كذا في غاية البيان وفي الحاوي القدسي ويبطل مجلس البيع بما يبطل به خيار المخيرة اهـ وفي القنية ولا يجوز أن يناديه من بعيد أو من وراء جدار رجل في البيت فقال للذي في السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد ولو تعاقدا البيع وبينهما النهر المزدحم أي يصح البيع قلت وان كان نهرا عظيما تجري فيه السفن قال رضي الله عنه وقد تقرر رأي (بج) في أمثال هذه الصورة على انه ان كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه يمنع والا فلا فعلى هذا الستر بينهما الذي لا يمنع الفهم والسماع لا يمنع والحاصل أن الايجاب يبطل بما يدل على الاعراض وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما ولذا قلنا ان خيار القبول لا يورث وقدمنا استثناء مسئلة وبتغير المبيع بقطع يد وتخلل عصير وزيادة بولادة وهلاكه بخلاف ما اذا كان بعد قلع عينه بآفة سماوية أو بعد ما وهب للمبيع هبة كما في المحيط وقدمنا انه يبطل بهبة الثمن قبل قبوله فاصل ما يبطله سبعة فليحفظ وفي البزازية بعت من فلان الغائب فحضر في المجلس وقبل صح اهـ وهو مشكل لعدم سماع الغائب كلام الحاضر ولعدم اتحاد المجلس وحمله على ما اذا أعاد الايجاب بعد حضوره بعيد كما لا يخفى وفي الذخيرة لو كان المشتري في الدار فخرج منها ثم قبل لم يصح وقيدنا بالبيع لان اجازة بيع الفضولي لا تتوقف على مجلس بلوغ خبره حتى لو قام المالك فاجاز في مجلس آخر جاز كما في الصيرفية ولا يضر في الايجاب الاول وجود ايجاب ثان بشئ آخر غير البيع قبل القبول للاول ولذا قدمنا ما لو أوجب بيعا ونكاحا فقبلهما جاز وكذا لو قال أبيعك هذا وأهب لك هذا فقبل جاز الكل كما في الصيرفية (قوله ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لا مشار) أي لا يصح البيع الا بمعرفة قدر المبيع والثمن ووصف الثمن اذا كان كل منهما غير مشار اليه أما المشار اليه فغير محتاج اليهما لان التسليم والتسلم واجب بالعقد فهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز أطلق في معرفة القدر فشمل المبيع والثمن فلا بد من معرفة القدر فيهما فلو باع عبد الله

ولم يضف ولم يشر اليه فان كان له عبد واحد يجوز وان كان له عبدان أو أكثر لا يجوز وفى العبد الواحد لابد أن يضيفه الى نفسه بان يقول بعت عبدى منك أما لو قال بعت سالما واسمه سالم لا يجوز كذا فى الخلاصة وفى القنية بعت عبدالى ففيه اختلاف والاصح انه لا يجوز البيع ولو باعه كرا من حنطة فان لم يكن فى ملكه فالبيع باطل وان كان فى ملكه البعض بطل فى المعدوم وفسد فى الموجود وان كان فى ملكه فان كانت فى موضعين أو من نوعين مختلفين لا يجوز البيع وان كانت من نوع واحد فى موضع واحد الا أنه لم يضف البيع الى تلك الحنطة لكن قال بعت منك كرا من حنطة جاز البيع وان علم المشترى بمكانها كان له الخيار ان شاء أخذها فى ذلك المكان بذلك الثمن وان شاء تركها اهـ وفى موضع آخر منها ولو لم يضفها الى نفسه جاز البيع وللمشترى الخيار وان كانت فى موضعين كذا فى الخانية وذكر فى الظهيرية بعد هذا الفرع وهذا دليل على انه يعتبر مكان البيع لا مكان المبيع وفرع فى الخانية على جهالة المبيع المفسدة ما لو قال بعت منك جميع مالى فى هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشترى لا يعلم ما فيها كان فاسدا لان المبيع مجهول ولو جاز هذا لجاز اذا باع ما فى هذه المدينة أو فى هذه القرية ولجاز اذا باع ما فى الدنيا ولو قال بعت منك جميع مالى فى هذا البيت بكذا جاز وان لم يعلم المشترى به لان الجهالة فى البيت يسيرة وفيما تقدم من الدار وغيرها كثيرة فاذا جاز فى البيت جاز فى الصندوق والجوالق اهـ وبه ظهر ان الجهالة اليسيرة فى المبيع لا تمنع وفيها أيضا رجل قال لغيره عندى جارية بيضاء بعتها منك بكذا فقال المشترى قبلت لم يكن ذلك بيعا الا أن يبين الموضع أو غيره فيقول أبيعك جارية فى هذا البيت أو يقول جارية اشتريتها من فلان فحينئذ يتم البيع وذكر فى موضع آخر اذا قال بعتك جارية جاز البيع اذا لم يكن عنده الا جارية وان كان عنده جاريتان فسد البيع وذكر شمس الائمة السرخسى اذا أضاف الجارية الى نفسه فقال بعتك جاريتى صح البيع وان لم يضف الى نفسه لا يصح اهـ وفيها رجل اشترى من السقاء كذا وكذا قربة من ماء الفرات قال أبو يوسف ان كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل وكذا الراوية والجرة وهذا استحسان وفى القياس لا يجوز اذا كان لا يعرف قدرها وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وظاهره ترجيح الجواز فيقال الجهالة لا تضر اذا جرى العرف فيها كما لا تضر اذا كانت يسيرة وفى الخانية أيضا اذا كانت الشجرة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من أجنبى لا يجوز وان باع من شريكه جاز وان كانت بين الثلاثة فباع أحدهما نصيبه من أجنبى لا يجوز وان باع من شريكه جاز وان كانت بين الثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لا يجوز وان باع منهما جاز اهـ وفى الولوالجية اذا باع نصيبا له من شجرة بغير اذن شريكه بغير أرض فهو على وجهين ان كانت الاشجار قد بلغت أوان قطعها فالبيع جائز لان المشترى لا يتضرر بالقسمة وان لم تبلغ فالبيع فاسد لان المشترى يتضرر بالقسمة وعلى هذا اذا كان الزرع بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من رجل فهو على وجهين نص عليه فى كتاب الصلح اهـ وفى المجمع ولو باع نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط ويجيزه مطلقا وشرط علم المشترى وحده اهـ وفى عمدة الفتاوى رجل قال لرجل بعت منك مالى فى هذه الدار من المتاع ان كان معلوما جاز ولو قال بعت منك ما تجدلى فى هذا البيت أو فى هذا الصندوق أو فى هذه الجوالق ان كان معلوما للمشترى فهو جائز وان لم يكن معلوما والجهالة يسيرة جاز اهـ وظاهره ان الاعتبار بعلم المشترى والهبة فى هذا كالبيع لما فى الولوالجية منها لو قال وهبت نصيبى من هذا العبد منك والموهوب له لا يعلم نصيبه لم يجز لان الموهوب مجهول

(قوله وبه ظهر ان الجهالة اليسيرة فى المبيع لا تمنع الجواز) قال الرملى أى لا تمنع الجواز بخلاف الفاحشة والظاهر ان جهالة الثمن مفسدة مطلقا تامل (قوله من ماء الفرات) قال الرملى قيد به لانه لو أطلق الماء لا يجوز للجهالة تأمل (قوله فعلم العاقدين شرط) أى بالجملة الاسمية اشارة الى قول الامام مخالفا لصاحبيه وبقوله ويجيزه بالمضارع المستتر فاعله اشارة الى قول الثانى مخالفا للطرفين وبقوله وشرط بالماضى المستتر فاعله الى قول الثالث مخالفا لشيخيه كما هو اصطلاح المجمع

(قوله جاز البيع ولم يكن ذلك بيع المجهول) قال الرملي لم يذكر خيار الغبن للبائع ولا شك ان له ذلك على ما عليه الفتوى حيث كان الغبن فاحشا للتغرير وقد أفتيت به فى مثل ذلك مرارا والله تعالى أعلم (قوله وبيع الطريق وهبته منفردا جائز وهبته منفردا فاسد) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها وبيع الطريق وهبته منفردا فاسد وعليها كتب الرملي فقال هذا غلط ولعل صواب العبارة وبيع الطريق وهبته منفردا جائز وبيع مسيل الماء وهبته منفردا فاسد اهـ قلت وفى الخانية ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته ولا بيع الطريق بدون الارض وكذلك بيع الشرب وقال مشايخ بلخ بيع الشرب جائز (قوله وأما جهالة الثمن فمانعة) قال الرملي يعني مانعة من الجواز وهل تفيد الملك أقول سيأتي فى أحكام البيع الفاسد انه مع نفي الثمن باطل ومع السكوت عنه فاسد والظاهر ان الجهالة توجب الفساد لا البطلان تأمل اهـ قلت سيأتى فى المرابحة متنا ولو ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فسد وعلله المؤلف بقوله لجهالة الثمن ثم قال فى المتن ولو علم فى المجلس خير قال المؤلف لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وظاهر كلام المصنف وغيره انه ينعقد فاسده بعرضية الصحة وهو الصحيح خلافا للمروى عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد كذا فى فتح القدير اهـ (قوله أو بقفيزى شعير) قال الرملي أو فيه للتخيير اهـ (قوله أو بالف وخمسمائة) قال الرملي أو فيه للتخيير (قوله وبيع الشئ برقمه أو برأس ماله) اذا اشترى شيأ برقمه ولم يعلم المشترى رقمه فالعقد فاسد وان علم ذلك فى المجلس جاز العقد وان تفرقا قبل العلم بطل وكان الامام شمس الأئمة الحلوانى يقول وان علم بالرقم فى المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما على ذلك الرضا ورضى به المشترى ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضى وفى الظهيرية واذا كان البيع بالتولية أو برقمه ولم يعلم ما رأس ماله فهو بمنزلة البيع الفاسد فى حكم الضمان وفى حكم النقض الا انه يخالف البيع الفاسد من وجه فان فى البيع الفاسد اذا قال البائع لا أسلم المبيع لا يجبر عليه وهنا لو قال لا أخبرك بالثمن أجبره عليه كذا فى التتارخانية

وهذه الجهالة عسى أن تفضى الى المنازعة فصار كما اذا اشترى حقا فى دار ولا يعلمان كم ذلك الحق لا يجوز لما قلنا كذا هذا اهـ وفى القنية بيع ما لم يعلم البائع والمشترى مقداره يجوز اذا لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم كمن أقر ان فى يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه المقر من المقر له جاز وان لم يعرفا مقداره اهـ وفى الولوالجية فى المسائل الخمس وهى بيع جميع ما فى هذه القرية أو هذه الدار أو هذا البيت أو هذا الصندوق أو الجوالق فان علم المشترى ما فيها جاز والا ففى الاولين لا يجوز لفحش الجهالة وفى الثلاثة الاخيرة يجوز لان الجهالة يسيرة اهـ وفيها قال لآخر ان لك فى يدى أرضا خربة لا تساوى شيأ فى موضع كذا فبعها منى بستة دراهم فقال بعتها ولم يعرفها البائع وهى تساوى أكثر من ذلك جاز البيع ولم يكن ذلك بيع المجهول لانه لما قال لك فى يدى أرض صار كأنه قال أرض كذا فاذا أجابه جاز أيضا اهـ وفيهما أيضا رجل دفع دراهم الى خباز فقال اشتريت منك مائة من من خبز وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد وما أكل فهو مكروه لانه اشترى خبزا غير مشار اليه بعقد البيع فكان البيع مجهولا فاذا أكل كان الاكل بحكم عقد فاسد ولو أعطاه الدراهم وجعل يأخذ منه فى كل يوم خمسة أمناء ولم يقل فى الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وان كانت نيته وقت الدفع الشراء لان بمجرد النية لا ينعقد البيع وانما ينعقد البيع الآن بالتعاطى والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا اهـ وفسد بيع شاة من قطيع وثوب من عدل وكذا اذا باع عددا متفاوتا عددا بثمن واحد فوجدا أكثر لجهالة المبيع وكذا اذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع وكذا اذا بينه فقال من الجنب أو هذا الفخذ على قياس قول الامام فى السلم وعلى قياس قولهما يجوز والمروى عن محمد الجواز كذا فى البدائع وفيها وبيع الطريق وهبته منفردا جائز وهبته منفردا فاسد وفى البزازية المشترى أرضا وذكر حدودها لا ذرعها طولا وعرضا جاز واذا عرف المشترى الحدود لا الجيران يصح وان لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشترى جاز البيع اذا لم يقع بينهما تجاحد وجهل البائع المبيع لا يمنع وجهل المشترى يمنع دار بينهما باع أحدهما نصفه انصرف الى قسطه ولو عين وقال بعت هذا النصف لا يجوز وأما جهالة الثمن فمانعة أيضا كما اذا باع شيأ بقيمته أو بحكم المشترى أو فلان أو بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير وهذا بالف الى سنة أو بالف وخمسمائة الى سنتين أو باع شيأ بربح ده يازده ولم يعلم المشترى رأس المال حتى افترقا وبيع الشئ برقمه أو برأس ماله ولم يعلم المشترى كذلك كذا فى البدائع والرقم بسكون القاف

علامة يعلم بها مقدار ما وقع البيع به من الثمن كذا في الظهيرية وكذا لو باع بالف درهم الا دينارا أو بمائة دينار الا درهما لان الاستثناء يكون بالقيمة وهي مجهولة وكذا لو باع بمثل ما باعه فلان ولم يعلما به حتى افترقا الا ان علما به في المجلس مع الخيار ولو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا لم يجز لجهالته فان علم بوزنه فله الخيار ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فقال بعني هذا الثوب ببعض العشرة وبعني هذا الآخر بما بقي فباعه وقبله المشتري صح لعدم افضاء الجهالة الى المنازعة ولو قال هذا ببعض العشرة وهذا ببعض لا يجوز لوجودها ولو قال بعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة فالعبد للمشتري بالف وخمسمائة لانه استثنى بيع نصفه من البيع الاول فيكون النصف الاول بالف وعلى هذا القياس كذا في المحيط وأطلق في اشتراط معرفة قدر الثمن فشمل المعرفة صريحا وعرفا ولذا قال في البزازية لو قال اشتريت هذه الدار أو هذا الثوب أو هذه البطيخة بعشرة وفي البلد يتباع بالدراهم والدنانير والفلوس ولم يذكروا احدا منهم ففي الدار ينعقد على الدنانير وفي الثوب ينعقد على الدراهم وفي البطيخة على الفلوس وان كان لا يتباع الا بواحد فيصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد اهـ وحاصله أنه اذا صرح بالعدد فتعيين المعدود من كونه دراهم أو دنانير أو فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع ولو وقع شك فيما يناسب وجب أن لا يتم البيع كذا في فتح القدير وفي القنية له عليه نصف دينار وظن المديون أنه ثلثا دينار فباعه منه شيأ بما عليه لا يجوز الا اذا علمه بذلك في المجلس وقوله غير مشار قيد فيهما لان المشار اليه بيعا كان أو ثمنا لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه فلو قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم والتسلم ولا يرد على اطلاقه الاموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وبعت مجازفة مشارا اليها فانه لا يصح لاحتمال الربا واحتماله مانع كحقيقته لما سنذكره في بابه وكذا لا يرد السلم وان الاشارة فيه لا تكفي لرأس المال ولا بد من معرفة قدره عند الامام لما سنصرح به في بابه ولم يذكر المصنف صفة المبيع وانما اشترط معرفة قدر المبيع والثمن وأما معرفة الوصف فخصه بالثمن ومفهومه أن معرفة وصف المبيع ليست شرطا ولهذا قال في البدائع وأما معرفة أوصاف المبيع والثمن فقال أصحابنا ليست شرطا والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره اهـ وظاهر ما في فتح القدير أن معرفة الوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر فانه قال والصفة عشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكر حنطة بحرية أو صعيدية وهذا لانها اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة اهـ فالمصنف اقتصر على معرفة وصف الثمن وصاحب البدائع نفاه فيهما والمحقق ابن الهمام اشترطه فيهما وقال في القدوري والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة والحق أن معرفة

(قوله لعدم افضاء الجهالة الى المنازعة) لانه بضم الثاني الى الاول يصير ثمنهما عشرة قال في النهر ولم أر ما لو وجد باحدهما عيبا وينبغي أن يكون في حكم صفقة واحدة فيردهما أو يأخذهما (قوله وظاهر ما في فتح القدير الخ) قال في النهر هذا وهم فاحش وذلك ان القدوري قال والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة فبين الصفة في الفتح بما قال اذ الكلام في الثمن لا في المبيع ولا شك ان الحنطة تصلح ثمنا اذا وصفت كما سيأتي وليس في الكلام ما يوهم ما ذكره بوجه (قوله والاثمان المطلقة الخ) في الينابيع هذا مثل قوله بعت هذا بثمن يساويه فيقول الآخر اشتريت فهذا لا يصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة فالقدر ان يكون عددا معلوما كالعشرة والمائة والصفة ان يكون جيدا أو وسطا أو رديئا ثم قال محمد في كتاب الصرف اذا اشترى الرجل من آخر شيأ بالف درهم أو بمائة دينار ولم يسم ثمنا فهذا على وجهين الاول ان يكون في البلد نقد واحد معروف وفي هذا الوجه جاز العقد وينصرف الى نقد البلد بحكم العرف لان المعروف كالمشروط الوجه الثاني اذا كان في البلد نقود مختلفة وانه على ثلاثة أوجه أحدها ان يكون الكل في الرواج على السواء ولا فضل لبعضها على البعض وفي هذا الوجه جاز العقد وان كان الثمن مجهولا ولم يصر نقد من النقود معلوما لا بحكم العرف ولا بحكم التسمية الا ان هذه جهالة لا توقعهما في منازعة مانعة من التسلم والتسليم وان كان لبعضها اشرف على البعض والكل في الرواج على السواء كما في الغطارفة مع العدالى في الزمان السابق لا يجوز

المبيع وان كان لبعضها فضل على البعض الآن واحدا منها أروج فانه يجوز كذا في التتارخانية (قوله وأما اذا لم يكن مشارا اليه فلا بد من بيان وصفه) الذي تحصل من كلام المؤلف كما اقتضاه كلامه هنا وأول المقولة انه لا بد في المبيع والثمن الغير المشار اليهما من معرفة القدر والوصف وللعلامة الشرنبلالي رسالة سماها نفيس المتجر بشراء الدرر حقق فيها ان جهالة قدر المبيع الذي سمى جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواء كان المبيع مشارا اليه أولا قال لان المشار اليه علم بالاشارة والغائب يثبت فيه خيار الرؤية فانتفت الجهالة المانعة من الصحة فلم يحتج الى بيان قدره ولا بيان وصفه لصحة بيعه وكذا قوله في باب الرؤية شراء ما لم يره جائز أي صحيح وجهالته لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف أو القدر في المعنى المشار اليه واطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أولا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أولا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي وعامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع وقال الشرنبلالي ولا يخالفه قول الكنز ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لان التنوين في قدر بدل عن المضاف اليه وهو الثمن أو بدون تنوين على نية اضافته للثمن المذكور على حد قول بعض العرب بعته بنصف وربع درهم وبمثل هذا شرحه منلا مسكين وتمام الكلام في تلك الرسالة فراجعها قلت لكن الظاهر ما قاله المؤلف هنا لان الاكتفاء بالجنس وحده يلزم منه صحة البيع في نحو بعتك حنطة بدرهم مثلا ولا شك انه لا يصح ما لم يذكر لها قدرا و يلزم صحته أيضا في نحو بعتك عبدا أو دارا وأما ما ذكره الشرنبلالي من ان الجهالة تثبوت خيار الرؤية فيرد عليه ان خيار الرؤية قد يبطل قبلها بنحو بيع ورهن وقد يسقط برؤية بعض مكيل وموزون فتبقى الجهالة على حالها فعلم انه لا بد من ذكر ما ينفي الجهالة حتى يصح البيع ثم بعد صحته يثبت خيار الرؤية لانه في الاول انتفت الجهالة الفاحشة وبقي نوع جهالة تندفع بالرؤية وقدمنا ان المراد بالقدر ما يخص المبيع والله سبحانه أعلم (قوله فوجدها زيوفا) في الظهيرية الدراهم أنواع أربعة جياد ونبهرجة وزيوف وستوقة واختلفوا في تفسير النبهرجة قال بعضهم هي التي تضرب في غير دار السلطان والزيوف هي الدراهم المغشوشة والستوقة صفر مموه بالفضة وقال عامة المشايخ الجياد فضة خالصة تروج في التجارات وتوضع في بيت المال والزيوف ما يرده بيت المال ولكن تأخذه التجار في التجارات لا بأس بالشراء بها لكن يبين البائع انها زيوف والنبهرجة ما يرده التجار رأي ردة والستوقة معرب معناه سه ته وهو ان يكون الطاق الاعلى فضة والاسفل كذلك وبينهما صفر وليس لها حكم الدراهم كذا

وصف المبيع ليست شرطا بعد الاشارة اليه أو الى مكانه وهو مراد صاحب البدائع لان خيار الرؤية انما يثبت في مبيع أشير اليه وهو مستور ولكن ما كان ينبغي له أن يضم الثمن اليه فان خيار الرؤية لا يدخل في الاثمان وأما اذا لم يكن مشارا اليه فلا بد من بيان وصفه كحنطة مطلقة وهو مراد المحقق وفي الخانية ولو اشترى لؤلؤة في صدفة قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز البيع وله الخيار اذا رأى وقال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز وعليه الفتوى اهـ وهكذا في الولوالجية معللا للفتوى بانها منه خلقة و يرد على المحقق لو قال بعتك بعشرة دراهم ولم يذكر وصفا فان البيع صحيح كما في الايضاح يعني و ينصرف الى الجياد وأما قوله بخارية أو سمرقندية فبيان للنوع كما في المعراج وفي الهداية والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع فقال في فتح القدير والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج احتراز عن الصفة فانه لو أراه دراهم فقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما اذا قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من خارجها فكان له الخيار وهذا يسمى خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود اهـ والظاهر أن التقييد بالمقدار اتفاقي وما ذكره في ثبوت الخيار أمر آخر ليس الكلام فيه لان الكلام في الاحتياج الى الصحة لا اللزوم ولانه مع الاشارة اذا كان لا يحتاج الى معرفة القدر لا يحتاج الى معرفة الوصف بالاولى والمعرفة في اللغة من عرفته علمته بحاسة من الحواس الخمس عرفة وعرفانا والمعرفة

اسم منه كذا فى المصباح وبعضهم فرق بين المعرفة والعلم فخصها بادراك الجزئيات واستعمله فى الاعم من ادراك الجزئيات والكليات كما فى التلويح وأشار بالمعرفة الى أن الشرط العلم دون ذكرهما كما فى الايضاح واعلم أنه يستثنى من قوله فى فتح القدير اذا وجد الدراهم زيوفا مسئلة هى ما اذا استقرض دراهم وقبضها ثم اشترى ما فى ذمته بدنانير مقبوضة فى المجلس حتى صح ثم وجد دراهم القرض زيوفا أو نبهرجة فانه لا رجوع له بشئ لان القرض عارية وهو ينافى الضمان وان وجدها ستوقة ردها على المقرض لعدم صحة استقراضها لكونها من القيميات فيرجع بالجياد ان ردها قبل التفرق عن المجلس وان كان بعد تفرقهما رجع بديناره لبطلان الصرف وتمامه فى تلخيص الجامع فى باب بيع القروض قال فى أوله جاز شراء ما عليه لا ما استقرض عكس المقرض الخ ثم اعلم أن الاعواض فى البيع اما دراهم أو دنانير أو اعيان قيمية أو مثلية فالاول والثانى ثمن سواء قوبلت بجنسها أو بغيرها والثالث مبيعة ابدا ولا يجوز البيع فيها الا عينا الا فيما يجوز السلم فيه كالثياب وكما ثبت مبيعا فى الذمة سلما يثبت دينا مؤجلا فى الذمة على انها سلم وحينئذ يشترط الاجل لانها ثمن بل لكونها ملحقة بالسلم فى كونها دينا فى الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة الى أجل جاز ويكون بيعا فى حق العبد حتى لا يشترط قبضه فى المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم فى الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه فى الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه والرابع كيلى أو وزنى أو عددى متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهى مبيعات أو بامثالها من المثليات فما كان موصوفا فى الذمة فهو ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو على كان ثمنا والآخر مبيعا كذا فى فتح القدير وغيره والفلوس كالنقدين كما فى المعراج ودخل المصوغ من الذهب والفضة كالآنية تحت القيميات فتتعين بالتعيين للصفة وأما المثلى اذا قوبل بقيمى فلم يدخل فيما ذكرناه وقال الامام خواهر زاده انه ثمن ومن حكم النقود انها لا تتعين ولو عينت فى عقود المعاوضات وفسوخها فى حق الاستحقاق ولا يستحق عينها فللمشترى امساكها ودفع مثلها قدرا ووصفا وتتعينان فى الغصوب والامانات والوكالات على تفصيل فيها وكذا فى كل عقد ليس معاوضة ولا يتعين فى المهر قبل الطلاق وبعده قبل الدخول وفى تعينها فى المعاوضات الفاسدة روايتان ولا تتعين فى الكتابة وتتعين فى العتق المعلق بالاداء والفرق بينهما فى الظهيرية من المكاتب وتمامه فيما كتبناه من القواعد الفقهية وفى القنية دفع الى بقال ثمنا ليشترى به شيأ فوزنه فضاع منه شئ قبل الفراغ منه فان وزنه باذن الدافع ضاع من مال الدافع وما وزنه ضاع من مال البقال الشراء بالحنطة لا يصح ما لم يبين انها جيدة أو وسط أو رديئة بعتك عبدى بمنافع دارك سنة لا يجوز ثم رقم هذا بيع فى حق العبد اجارة فى حق الدار فانه جائز باع ضيعة باربعين فقبض خمسة وثلاثين واشترى بالخمسة الباقية من المشترى شيأ عقارا قيمته قليلة ثم تبين بطلان البيع أو ردها المشترى بعيب أو شرط أو خيار ليس له أن يطالب الخمسة التى باع ذلك الشئ بها ولو باع بسدس متاعا وقال للمشترى هذا سدس وهو زيف وتجوز به البائع وأخذه يجوز اشتراه بسدس وزاد فى الزيوف بقدر شعيرة مما يدخل بين الوزنين لا يجوز اه وفى الولوالجية من الشفعة الزيوف من الدراهم بمنزلة الجياد فى خمس مسائل الاولى مسئلة الشفعة اذا اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذ الشفيع بالجياد الثانية الكفيل اذا كفل بالجياد ونقد للبائع الزيوف يرجع على المكفول عنه بالجياد الثالثة اذا اشترى شيأ بالجياد ونقد البائع الزيوف ثم

فى التتارخانية (قوله تثبت دينا مؤجلا فى الذمة على انها سلم) كذا فى النسخ والصواب ما فى الفتح على انها ثمن (قوله وما وزنه ضاع من البقال) كذا فى النسخ وهذا قول آخر رمز اليه بقوله عك وهو لعين الائمة الكرابيسى فكان الصواب ذكر الرمز أو يقول ثم رقم ما وزنه الخ كما قال فى تلوه (قوله وزاد فى الزيوف بقدر شعيرة) كذا فى عامة النسخ وفى بعضها وزاد فى الوزن بدل قوله فى الزيوف وهو الموجود فى القنية

باعه مرابحة فان رأس المال هو الجياد الرابعة حلف ليقضينه حقه اليوم وكان عليه جياد فقضاه الزيوف لا يحنث الخامسة له على آخر دراهم جياد فقبض الزيوف وأنفقها فلم يعلم الا بعد الانفاق لا يرجع عليه بالجياد في قولهما خلافا لأبي يوسف اه ويزاد سادسة هي ما نقلناه عن تلخيص الجامع استقرض دراهم وقبضها ثم اشترى ما في ذمته بدنانير مقبوضة في المجلس ثم وجد دراهم القرض زيوفا لم يرجع بشئ ففيها الزيوف كالجياد وفي القنية عن أبي يوسف عبدان لرجلين لم يعرف كل واحد منهما عبده من عبد صاحبه فباعهما أحد المولين باجازة الآخر وأحدهما أكثر قيمة من الآخر فالثمن بينهما نصفان وكذا البيوت فانما أنظر الى عدده الا الى فضل بعضها على بعض اشترى بما في هذا الكيس من الدراهم فاذا فيه دنانير جاز البيع لانها جنس في حق الزكاة وعليه مل ءهذا الكيس من الدراهم نقد بلده وكذا عند تفاوت النقدين اه وقد ظهر بهذا الفرع الاخير أن قول العمادي في فصوله أن الدراهم أجريت مجرى الدنانير في سبعة مواضع الاولى بيع القاضي دنانيره لقضاء دينه الدراهم وعكسه الثانية يصرفها المضارب اذا مات رب المال أو عزل لتصير كرأس المال الثالثة لو كان رأس المال في يد المضارب دراهم فاشترى بدنانير كان للمضارب الرابعة باعه بدراهم ثم اشتراه قبل النقد بدنانير أقل قيمة لم يجز الخامسة لو شراه بدراهم فباعه مرابحة ثم شراه بدنانير لا يرابح السادسة أخبر الشفيع أنه شراه بالف درهم فسلم ثم ظهر أن البيع بدنانير أقل قيمة أو أكثر بطلت السابعة أكره على البيع بدراهم فباع بدنانير مساوية يصير مكرها اه مختصرا ليس للحصر وفي جامع الفصولين برقم (قش) لو جعل الكيلي أو الوزني ثمنا بان جعل العنب مثلا ثمنا فانقطع يفسد البيع ثم رقم (ط) قولهم بانه يفسد بانقطاعه ليس بصحيح فان من اشترى شيأ بقفيز رطب في الذمة فانقطع أوانه لا ينتقض البيع ولو جعل الكيلي أو الوزني ثمنا في الذمة تشترط بيان محل الايفاء حتى لو باع قنا بكر بر في الذمة فانه يشترط بيان محل ايفائه عند أبي حنيفة وهو الصحيح وعندهما يتعين محل العقد للايفاء وما يصلح ثمنا يصلح أجرة وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان اه وفي التتارخانية معزيا الى النوازل سئل والدي عمن باع شيأ من آخر بعشرة دنانير وقد استقرت العادة في ذلك البلد انهم يصرفون الاثمان فيما بينهم فيعطون كل خمسة أسداس مكان الدينار واشتهرت تلك العادة فيما بينهم هل لبائع ذلك العين أن يطالب المشتري بالوزن أم ينعقد العقد على الذي تعارفه المسلمون فيما بينهم بطريق الدلالة فقال ينصرف الى ما تعارفه الناس فيما بينهم اه وههنا مسائل مناسبة للثمن لا بأس بذكرها تكثيرا للفوائد لو استوفى الدلال الثمن ثم كسد في يده فلا مطالبة على المشتري حيث باع باذن المالك ولو دفع المشتري الى البائع أكثر من حقه غلطا فالزائد أمانة فان ضاع نصف المدفوع فالباقي بينهما على الشركة والاصل أن المال المشترك اذا هلك منه شئ فالهالك على الشركة والباقي يبقى على الشركة فان عزل منها الزائد فضاع قبل الردكان

(قوله لو جعل الكيلي أو الوزني ثمنا الخ) قال في التتارخانية كل ما يكال أو يوزن اذا كان ثمنا بغير عينه وقد انقطع عن أيدي الناس ان الطالب بالخيار ان شاء أخره الى الجديد وان شاء أخذ قيمته مبيعة فقد حكم بفساد العقد حتى أوجب قيمة المبيع وقال أبو يوسف ان شاء أخره الى الجديد وان شاء أخذ قيمة الثمن قبل الانقطاع بلا فصل ولأبي يوسف في هذا قول آخر ان عليه قيمة الثمن يوم دفع المبيع وهو قوله الآخر وعليه الفتوى وكذلك الدراهم والفلوس اذا انقطع عن أيدي الناس قبل القبض فللبائع قيمة الدراهم والفلوس يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر وعليه الفتوى (قوله ينصرف الى ما تعارفه الناس الخ) يؤخذ من هذا جواز ما في زماننا من البيع بالقرش وهو في الاصل اسم لقطعة معلومة من الفضة لكن جرى العرف انهم يريدون بالشراء بمائة قرش مثلا ما يكون قيمته مائة قرش من أي نوع كان من أنواع النقود الرائجة فضة أو ذهبا لا نفس القروش المضروبة من الفضة (قوله ولو دفع المشتري الى البائع أكثر من حقه غلطا الخ) عبارة التتارخانية رجل باع من آخر شيأ بالف درهم فوزن له المشتري ألفا ومائتي درهم فقبضها البائع وضاعت من يده فهو مستوفي الثمن ولا ضمان عليه لانه بقدر الالف استوفى حصته وفيما زاد الباقي على الالف فهو مؤتمن فيه فان ضاع نصفها فالنصف الباقي على ستة أسهم والاصل ان المال المشترك اذا هلك منه شئ فالهالك على الشركة والباقي يبقى على الشركة فلو عزل منها مائتي درهم فضاعت المائتان قبل أن يردها كان الالف بينهما على ستة ولو ضاعت الالف فللبائع أن يرجع في المائتين بخمسة أسداسها انتهت

(قوله لتقضين دينه آجلا) بدل من اليمين (قوله وفي الخانية لو باعه ثم أجل الثمن الخ) قال في الخانية رجل باع شيأ بثمن حال ثم أخر الثمن الى الحصاد أو الدياس قال يفسد البيع في قول أبي حنيفة وعن محمد انه لا يفسد البيع ويصح التأخير لان التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى الوقت المجهول كما لو كفل بمال الى الحصاد

أو الدياس وقال القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله هذا يشكل بما اذا أقرض رجلا وشرط في القرض ان يكون مؤجلا لا يصح التأجيل ولو أقرض ثم أخر لا يصح أيضا فكان الصحيح من الجواب ما قال الشيخ الامام انه يفسد البيع بأجله الى هذه الاوقات في البيع أو بعده اه قلت سيذكر المؤلف عن السراج في هذه المقولة ان تأجيل الثمن الدين المجهول بنوعيه لا يجوز وهو باطلاقه

الباقي بينهما ولو ضاع قدر الثمن دون الزائد فللبائع أن يرجع في الزائد بحسابه ولو جعل الالف في كمه ودفع المائتين الى غلامه فسرق الكل لا رجوع لواحد منهما ولو دفع المشتري اليه كيسا على أن فيه الثمن دراهم فذهب به الى منزله فاذا فيه دنانير فحملها ليردها فضاعت في الطريق فلا ضمان الكل من التتارخانية وفي الواقعات شرى الدجاجة بالبيضات اشترى دجاجة بخمس بيضات فلم يقبضها حتى باضت خمسا فان كان الشراء بخمس بيضات بعينها ولم يستهلك البائع البيضات التي باضتها عنده يأخذ المشتري الدجاجة والبيضات ويدفع اليه الثمن ولا يجب على المشتري التصدق به لانه يصير بمنزلة ما لو اشترى دجاجة وخمس بيضات بخمس بيضات وذلك جائز فان كان البائع استهلك البيضات أخذ المشتري الدجاجة بثلاث بيضات وثلث بيضة ان كانت قيمة الدجاجة عشر بيضات لان الثمن ينقسم على قيمة الدجاجة وعلى خمس بيضات استهلكها البائع فان كانت قيمة الدجاجة عشر بيضات ينقسم الثمن أثلاثا فما أصاب خمس بيضات سقط وما أصاب الدجاجة وهو الثلاث والثلث لزم فان كانت بغير أعيانها وان لم يستهلك البائع البيضات التي باضت عنده يتصدق المشتري بالفضل لانه لو اشترى دجاجة وخمس بيضات بغير عينها لا يجوز فكذا هنا فان استهلكها البائع فالحكم كما لو كانت بعينها اه وفي الواقعات اشترى شيأ ودفع الى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة فردها فلا شيء عليه لانه لم يتلف عليه شيأ وكذا لو دفع اليه انسان لينظر اليه فكسره باع بدراهم جياد فدفع اليه المشتري فأراها البائع رجلا فانتقدها فوجدها قليل نبهرجة فاستبدل فأراد أن يصرف في شراء الحوائج فلم يأخذها أحد وقالوا كلها نبهرجة ان كان أقر البائع أنها جياد لا يرد لانه متناقض الا اذا صدقه المشتري فان لم يكن أقر بذلك يرد لانه غير متناقض اه والله أعلم (قوله وصح بثمن حال وبأجل معلوم) أي البيع لاطلاق النصوص وفي السراج الوهاج أن الحلول مقتضى العقد وموجبه والاجل لا يثبت الا بالشرط اه قيد بعلم الاجل لان جهالته تفضي الى النزاع فالبائع يطالبه في مدة قريبة والمشتري يأباها فيفسد وفي شرح المجمع للمصنف من باب خيار الشرط لو باع مؤجلا ولم يقل الى رمضان لا يكون مؤبدا بل يكون ثلاثة أيام عند بعض ويفتى بان يتأجل الى شهر اه كأنه لانه المعهود في الشرع في السلم واليمين ليقضين دينه آجلا وفي الخانية لو باع ثم أجل الثمن الى الحصاد فسد عند الامام خلافا لهما واذا اختلفا في الاجل فالقول لمن ينفيه لان الاصل عدمه وكذا اذا اختلفا في قدره فالقول لمدعي الاقل والبينة بينة المشتري في الوجهين وان اتفقا على قدره واختلفا في مضيه فالقول للمشتري أنه لم يمض والبينة بينته أيضا لان البينة مقدمة على الدعوى كذا في الجوهرة وقيد بتأجيل الثمن لان تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده كما في الجوهرة ولا يرد على المصنف السلم مع أنه دين لما سيصرح به في بابه من أن من شرائطه الاجل كما لا يرد ما بيع بجنسه فانه لا يصح مؤجلا لما سنذكره في باب الربا وفي فتح القدير ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدي اليه الثمن

وصح بثمن حال وبأجل معلوم

شامل للتأجيل بعد العقد وظاهره ان عدم الجواز للتأجيل نفسه لا للعقد وفي منية المفتي من باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما أو مجهولا متقاربا كالحصاد والدياس والنيروز ونحوها صار مؤجلا اه وهذا بناء على ما روي عن محمد كما تقدم ويبقى النظر في كلام السراج فتأمله وفي غرر الافكار شرح درر البحار لا يجوز تأجيل ثمن دين الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطرهم والحصاد والدياس وقدوم الحاج لجهالة الاجل حتى لو كان كلاهما معلوما عندهم أي العاقدين صح البيع والاجل وكذا لو شرع النصراني في الصوم فأجل الى الفطر ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات صح البيع فقط اه وهذا لا يناسب كلا من القولين المذكورين في الخانية

فى بلد آخر ولو قال الى شهر على أن يؤدى الثمن فى بلد آخر جاز بالف الى شهر و يبطل شرط الايفاء فى بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة غير صحيح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومن الاجل المجهول اشتراط أن يعطيه الثمن على التفاريق أو كل أسبوع البعض فاذا لم يكن شرطا فى البيع وانما ذكره بعده لم يفسد وكان له أن يأخذ الكل جملة ولو كان حالا فطالبه ثم قال اذهب فاعطنى كل شهر كذا لا يكون تأجيلا ولو قال المديون برئت من الاجل أو لا حاجة لى به لا يبطل ولو قال تركته أو أبطلته أو جعلت المال حالا بطل الاجل ولو عجل الدين قبل الحلول ثم استحق المقبوض أو وجده زيوفا فرده عاد الاجل ولو اشترى من المديون شيأ ثم تقايلا لا يعود الاجل ولو رده بعيب بقضاء عاد ولو كان لهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة فى الوجهين كذا فى الخانية واذا رضى البائع بالتاجيل فقد أسقط حقه فى حبس المبيع فلو حل الاجل قبل قبضه فللمشترى قبضه قبل نقد الثمن كذا فى المحيط وسيأتى مسائل حبس المبيع آخر الباب وفى البزازية له على آخر ألف من ثمن مبيع فقال اعطه كل شهر مائة درهم لا يكون تأجيلا وعلك طلبه فى الحال وفى الملتقط عليه ألف ثمن جعله الطالب نجوما ان أخل بنجم حل الباقى فالامر كما شرطا اه وفى شرح المجمع لو مات البائع لا يبطل الاجل ولو مات المشترى حل المال لان فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التاجيل اه وفى المجمع وللمشترى أجل سنة ثانية لمنع البائع السلعة سنة الاجل اه فابتداؤه من وقت التسليم وكذا لو كان فيه خيار يعتبر الاجل من حين سقوط الخيار عنده كذا فى الخانية وفى التجنيس فرق بين هذا و بين ما اذا اشترى الى رمضان فمنعه حتى دخل رمضان كان المال حالا فى قولهم جميعا اه وهكذا فى الخانية ولا خصوص لرمضان وانما خلاف الصاحبين فى السنة المنكرة أما فى السنة المعينة فلا يبقى الاجل بعد مضيها والمراد بمنعه عدم قبض المشترى المبيع مجازا لكون منعه سببا له كذا فى شرح المجمع وفى الخانية والتجنيس رجل قال لآخر بعت منك هذا الثوب بعشرة على أن تعطينى كل يوم درهما وكل يوم درهمين يعطيه عشرة فى ستة أيام فى اليوم الاول درهما وثلاثة فى اليوم الثانى ودرهما فى اليوم الثالث وثلاثة فى اليوم الرابع ودرهما فى اليوم الخامس ودرهما فى اليوم السادس أما فى اليوم الاول يعطيه درهما ظاهر وفى اليوم الثانى يعطيه ثلاثة لانه جعل اليوم أجلا للدرهم الواحد بكلمة كل الموجبة للتكرار فكلما جاء يوم يلزمه درهم وفى اليوم الثانى يلزمه درهم بمجىء اليوم الثانى ودرهمان بمجىء يومين ودرهم فى اليوم الثالث لحلول نجم آخر ولم يحل للدرهمين أجل آخر وفى الرابع يلزمه ثلاثة واحد بمضى الرابع ودرهمان بمجىء أجل آخر للدرهمين وفى الخامس يلزمه درهم بمجىء الخامس ولم يحل للدرهمين أجل آخر بقى من العشرة واحد يعطيه فى اليوم السادس اه (٧) وفى الواقعات اشترى شيأ ودفع الى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة فردها فلا شئ عليه لانه لم يتلف عليه شئ وكذا لو دفع اليه انسان

(قوله لم يفسد وكان له أن يأخذ الكل جملة) الذى قدمه المؤلف عن الخانية ونقلناه عنها أيضا صريح فى ان الخلاف فى فساد البيع وعدمه وفى ان فساد الاجل مما الخلاف فيه والظاهر ان ماهنا على قول غير الامام وانه غير الصحيح لما مر ان الصحيح قول الامام بفساد البيع بالتأجيل الى الحصاد والدياس قبل البيع أو بعده (قوله والمراد بمنعه عدم قبض المشترى المبيع الخ) ظاهره انه اذا مضت سنة التأجيل قبل القبض يكون له سنة أخرى سواء وجد الطلب من المشترى فامتنع البائع أم لا أفتى به أبو السعود لكن نقل بعض الفضلاء عن الفتاوى الهندية ان محل الاختلاف فيما اذا امتنع البائع من التسليم أما اذا لم يمتنع فابتداؤه من وقت العقد اجماعا اه قال اذا علمت ذلك تعلم ان ما فى شرح المجمع لا وجه له قلت وما نقله عن الهندية سيذكره المؤلف قبل باب خيار الشرط عند قول المتن ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا (قوله على أن تعطينى كل يوم درهما وكل يوم درهمين) كذا فى عامة النسخ وفى نسخة وكل يومين درهمين وهذا هو الذى رأيته فى الخانية والتجنيس وغيرهما (قوله بكلمة كل الموجبة للتكرار) صوابه بكلمة كل والذى فى الخانية بكلمة توجب التكرار وقد علل فى التجنيس والولوالجية بقوله لان اليوم الثانى من كل يوم ومن كل يومين فيعطى فيه ثلاثة واليوم الرابع بمنزلة اليوم الثانى بقى فى اليوم السادس عليه درهم فيعطيه وفى

(٧) قوله وفى الواقعات الى آخر هذه العبارة كتب عليه المحشى بخطه انه زائد فانتبنا ونبهنا عليه اه مصححه

(قوله والنيروز والمهرجان) قال فى الخانية رجل اشترى شيأ بثمن الى النيروز ذكر فى الاصل انه لا يجوز قالوا هذا اذا لم يعلم البائع والمشترى بما بقى الى النيروز فان علما جاز اه وسيأتى متنا فى باب البيع الفاسد (قوله لا يبرأ الغرماء الخ) قال الرملى وترجع الغرماء على السلطان فان لم يدفع لهم فقد ظلم ولهم المطالبة فى الآخرة (قوله فظاهره لا يقال حل الا بعد تأجيل الخ) قال فى النهر فيه نظر للفرق البين بين حل الدين وباعه بحال ويدل عليه ما فى المغرب حل الدين وجب ولزم والدين الحال خلاف المؤجل (قوله وذكر فى الظهيرية من باب الاختلاف الخ) هى على ما فى منتخب الظهيرية للامام العينى قال محمد بن الحسن فى رجلين تبايعا شيأ واختلفا فى الثمن فقال المشترى اشتريته بخمسين درهما الى عشرين شهرا على ان أؤدى اليك كل شهر درهمين ونصفا وقال البائع بعتك بمائة درهم الى عشرة أشهر على أن تؤدى الى كل شهر عشرة دراهم وأقاما البينة قال محمد تقبل شهادتهما ويأخذ البائع من المشترى ستة أشهر كل شهر عشرة وفى الشهر السابع سبعة ونصفا ثم يأخذ بعد ذلك كل شهر درهمين ونصفا الى أن يتم له مائة وهذه مسئلة عجيبة اه وسيذكر المؤلف عبارة الظهيرية بأبسط من هذا فى كتاب الدعوى عند قول المتن فى فصل التحالف وان اختلفا فى الاجل أو فى شرط الخيار

ومطلقه على النقد الغالب وان اختلفت النقود فسد ان لم يبين

وفى السراج الوهاج الآجال على ضربين معلومة ومجهولة والمجهولة على ضربين متقاربة ومتفاوتة فالمعلومة السنون والشهور والايام والمجهولة متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجذاذ والقطاف وصوم النصارى وفطرهم والمتفاوتة كهبوب الريح والى أن تمطر السماء والى قدوم فلان والى الميسرة فتأجيل الثمن الدين المجهول بنوعيه لا يجوز وان كان الثمن عينا فسد بالتأجيل ولو معلوما واذا أجل الدين أجلا مجهولا بجهالة متقاربة ثم أبطله المشترى قبل محله وقبل فسخه للفساد انقلب جائزا وان مضت المدة قبل ابطاله تأكد فساده وان كانت جهالته متفاوتة فان أبطله المشترى قبل التفرق انقلب جائزا اه وهنا مسائل فى الواقعات متعلقة بالثمن أحببت ذكرها هنا الاولى المأذون له فى البيع اذا باع ومات فجاء المالك فليس له مطالبة وارث البائع مالم يثبت قبضه ولا يقبل قول المشترى عليه ولا مطالبة له على المشترى الا برضا الوارث لان الوكيل بالبيع اذا مات لا ينتقل حق المطالبة بالثمن الى موكله وانما ينتقل الى وارثه أو وصيه ان كان فان لم يكن نصب القاضى عنه وصيا لقبض وكاحد المتفاوضين اذا مات كان قبض الثمن الى وصيه الثانية بياع عنده بضائع للناس أمروه ببيعها فباعها ونقد الثمن من ماله على أن يكون الثمن له فافلس المشترى كان للبائع أن يسترد من المالك مادفعه اليه الثالثة بايع أقواما ثم مات وعليهم ديون ولم يعرف له وارث فاخذ السلطان ديونه ثم ظهر له وارث لا يبرأ الغرماء وعليهم الاداء ثانيا الى الوارث اه وفى المصباح حل الدين يحل بالكسر حلولا انتهى أجله فهو حال وأجل الشئ مدته ووقته الذى يحل فيه وهو مصدر أجل الشئ أجلا من باب تعب وأجل أجولا من باب قعد لغة وأجلته تأجيلا جعلت له أجلا اه فظاهره لا يقال حل الا بعد تأجيل وليس مرادا فى الكتاب وفى القاموس حل الدين صار حالا وذكر فى الظهيرية من باب الاختلافات بين البائع والمشترى مسئلة لطيفة (قوله ومطلقه على النقد الغالب) أى مطلق الثمن ببيان قدره ونوعه دون وصفه والتقييد بالبلد بيان وقع البيع بعشرة دراهم أو دنانير ينصرف الى غالب نقد البلد لانه المتعارف فينصرف المطلق اليه فان كان اطلاق اسم الدراهم فى العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولى وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بها فى الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم اهدار كلام العاقل كذا فى فتح القدير لكنه جزم فى التحرير بان العادة هى العرف العملى وان مسئلة الدراهم من العرف القولى وفى شرح المجمع لو باعه الى أجل معين وشرط أن يعطيه المشترى أى نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدا وذكر تاج الشريعة أن المراد بالبلد البلد الذى جرى فيها البيع لا بلد المتبايعين (قوله وان اختلفت النقود فسد ان لم يبين) أى فسد البيع لوجود الجهالة المفضية الى المنازعة فاذا ارتفعت ببيان أحدهما فى المجلس ورضى الآخر صح لارتفاع المفسد قبل تقرره فصار كالبيان المقارن والمراد بالبيان فى كلامه البيان المتأخر لان المقارن يخرج عن موضوع المسئلة لان موضوعها مطلقه فافهم والمراد باختلاف النقود اختلاف ماليتها مع الاستواء فى الرواج كالبندقى والقايتبايى والسليمى والمغربى والغورى فى القاهرة الآن فالحاصل

أن المسئلة رباعية لانها اما أن تستوي في الرواج والمالية معا أو يختلف فيهما أو يستوي في أحدهما دون الآخر والفساد في صورة واحدة وهي الاستواء في الرواج والاختلاف في المالية والصحة في ثلاث صور فيما اذا كانت مختلفة في الرواج والمالية فينصرف الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة في الرواج مستوية في المالية فينصرف الى الاروج أيضا وفيما اذا استوت فيهما وانما الاختلاف في الاسم كالمصري والدمشقي فيتخير في دفع أيهما شاء فلو طلب البائع أحدهما فللمشتري أن يدفع غيره لان امتناع البائع من قبول مادفعه المشتري ولا فضل تعنت ولذا قلنا ان النقد لا يتعين في المعاوضات و مثل في الهداية مسئلة الاستواء في المالية بالثنائي والثلاثي وتعقبه في العناية بانه لا يصح مثالا لان ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن أن يكون في الرواج سواء وفسر الثنائي والثلاثي في المعراج كما في العناية وفي فتح القدير الثنائي والثلاثي أسماء دراهم كانت في بلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي أفضل مالية عندهم والعدالي اسم لدراهم اه وفسرها الزيلعي بان الثنائي ما كان اثنان بدرهم والثلاثي ما كان ثلاثة منها بدرهم وحاصله أن الثنائي قطعتان من فضة اما بدانق أو بدرهم والثلاثي ثلاث قطع منها اما بدانق أو بدرهم واذا باع سلعة بدرهم في بلدة فيها درهم قطعتان ودرهم ثلاثة خير المشتري ان شاء دفع قطعتين من الثنائي أو ثلاثا من الثلاثي فالحق ما في الهداية من الاستواء في المالية لان قيمة الثنائي بقدر قيمة الثلاثي وليس المراد القطعة حتى يكون من باب اختلاف المالية نعم لو باع شيأ بقطعة فسد لان قطعة الثنائي نصف درهم وقطعة الثلاثي ثلث درهم هذا ما ظهر لي في حل هذا المحل ولم أره لغيري قيد بالبيع لان في الوصية اذا كانت مختلفة في المالية متساوية في الرواج فتنفذ وصاياه باقل النقود وان كانت متفاوتة في الرواج مستوية في المالية انصرفت الوصية الى النقد الغالب وفي البزازية من كتاب الدعوى وان ادعى وزنيا ذكر الجنس ذهبا أو فضة ولو مضروبا يقول كذا دينارا خوارزميا أو بخاريا جيدا أو رديئا ويحتاج الى ذكر الصفة عند اختلاف النقود ولو نقدا واحدا او لو نقودا والكل على الرواج ولا مزية للبعض فيه على الآخر يجوز البيع و يعطي المشتري أيا شاء لكن في الدعوى لا بد من التعيين فان كان أحدهما أروج ينصرف البيع الى الاروج وعند ذكر النيسابوري الى ذكر كونه أحمر ولا بد من ذكر الجودة عند العامة وقال الامام النسفي ان ذكر أحمر خالصا ولم يذكر الجودة كفاه ولا بد من ذكر ضرب أي دار وقيل لا يشترط واذا ذكر أنها منتقدة لا يحتاج الى ذكر الجودة في الصحيح وذكر اللامشي اذا كانت النقود في البلد مختلفة أحدها أروج لا تصح الدعوى مالم يبين وكذا اذا أقر بعشرة دنانير حمر وفي البلد نقود مختلفة حمر لا يصح بلا بيان بخلاف البيع فانه ينصرف الى الاروج وفي الذخيرة عند اختلاف النقود في البلد والتساوي في الرواج لا يصح البيع ولا الدعوى بلا بيان وان لاح فضل الرواج ينصرف اليه و يعتبر كاللفظ في الدعوى فلا حاجة الى البيان الا اذا طال الزمان من وقت الخصومة الى وقت الدعوى بحيث لا يعلم الاروج فحينئذ لا بد من البيان لما هو الاروج وقت العقد الى هنا ما في البزازية من الدعوى وذكر في الصلح ولو كان البدل دراهم يحتاج الى بيان القدر والصفة و يقع على نقد البلد الدراهم والدنانير عند الاطلاق وان اختلفت النقود فعلى الاغلب وان استوت لا يصح بلا بيان اه وفي التتارخانية من باب المهر معزيا الى الحجة تزوج امرأة على ألف وفي البلد نقود مختلفة ينصرف الى الغالب وان لم يكن ينظر الى مهر مثلها فاي ذلك وافق مهر

مثلها

(قوله فالحق ما في الهداية الخ) حاصله ان مراد الهداية انه لو اشترى بدرهم وأطلق لفظ الدرهم وكانت الدراهم بعضها ثنائية و بعضها ثلاثية صح وخير المشتري ويدل على ان هذا مراد الهداية ما في الجوهرة من قوله فالثنائي ما كان منه اثنان دانقا والثلاث ما كان الثلاثة منه دانقا ففي هذه الصورة يجوز البيع اذا أطلق اسم الدراهم لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية اه قلت ومثله في زماننا الذهب فانه يكون كاملا و يكون نصفين بذهب و يكون أرباعا كل أربعة بذهب وكل من الكامل والنصفين والاربعة الارباع متساوية في المالية فاذا اشترى بذهب فله دفع الكامل والمكسر (قوله لا يصح بلا بيان) قال الرملي أي لا يثبت شئ بغيره بخلاف البيع فان فيه يثبت الاروج بلا بيان وسيأتي في الاقرار انه يصح بالمجهول و يلزمه البيان

مثلها بحكم الهاية اهـ وقد علم بابُ البيع والوصية والصلح والدعوى والاقرار والمهر بقى الخلع لو خالعها على ألف درهم ولم يبين وبقى الواقف لو شرط له دراهم أو دنانير وينبغى أن يستحق الاقل وينبغى أيضا فى الهبة كذلك ولكن فى الهبة لا تتم الا بالقبض فهو السبب للملك وبه يزول الاشتباه وبقى الاجارة قال فى البزازية من الاجارات وهو على غالب نقد البلد وان اختلفت الغلبة فسدت كالبيع اهـ فالحاصل أن البيع والاجارة والصلح سواء وفى الدعوى لا بد من البيان فى جميع الوجوه كالاقرار وفى المهر يقضى بما وافق مهر المثل وفى الوصية يكون له الاقل وفى كتابة الخانية ما صلح مهرا صلح بدلا فى الكتابة ومقتضاه لو كاتبه على ألف درهم وفى البلد نقود مستوية أن يقضى بما وافق القيمة وفى المجتبى لو اشترى بمائة مثقال فضة غير معينة أو ذهب لا يجوز حتى يصفه جيدا أو غيره ولو قال بالف نبهرجة أو زيوف لا يصح الا اذا كانت معروفة فى البلد اهـ وقدمنا انه لو أشار الى دراهم مستورة فلما كشف عنها ظهر انها زيوف أو خلاف نقد البلد استحق الجياد من نقد البلد (قوله ويباع الطعام كيلا وجزافا) لحديث البخارى فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم ولا يرد عليه بيع الجنس بالجنس من الربا مجازفة لما سيأتى فى باب الربا من أنه غير جائز الا اذا كان قليلا وفى البزازية بيع الحنطة بالحنطة مجازفة لا يجوز الا اذا ظهر تساويهما اهـ يعنى فى المجلس كما سيأتى فى باب الربا وفى جامع الفصولين شراء قصيل البر بالبر كيلا وجزافا جاز لعدم المجانسة اهـ ولان احتمال الربا كحقيقته حتى لو لم يحتمل كان باع كفة ميزان من فضة بكفة منها فانه يجوز وان كان مجازفة لعدم احتمال التفاضل كما فى فتح القدير وهكذا فى البزازية وفى الصيرفية جعل فى كفة الميزان تبرا وفى الاخرى ذهبا مضروبا وأخذ الميزان حتى تعادلت الكفتان فأخذ صاحب التبر الذهب وصاحب الذهب التبر لا يجوز ما لم يعلما وزن الذهب لان الذهب وزنى وأحاله الى الجامع الصغير فى باب ما يكال وما يوزن وفى فتح القدير أيضا والطعام فى العرف الماضى الحنطة ودقيقها وفى المصباح الطعام عند أهل الحجاز البر خاصة وفى العرف الطعام اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب وجمعه أطعمة اهـ والمراد به فى كلام المصنف الحبوب كلها الا البر وحده ولا كل ما يؤكل بقرينة قوله كيلا وجزافا وأما فى باب الأيمان فقال فى البزازية حلف لا يأكل طعاما ينصرف الى كل ما يؤكل مطعوم حتى لو أكل الخل يحنث واذا عقد يمينه على ماهو مأكول بعينه ينصرف الى ماهو مأكول بعينه واذا عقد على ما ليس مأكولا بعينه أو على ما يؤكل بعينه الا انه لا يؤكل كذلك عادة ينصرف الى المتخذ منه اهـ وأما فى باب الوكالة فقال المصنف وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه اهـ وقال بعض المشايخ الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعنى المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى فلا تدخل الحنطة والدقيق والخبز كما فى النهاية والجزاف بيع شئ لا يعلم كيله ولا وزنه وهو اسم من جازف مجازفة من باب قاتل والجزاف بالضم خارج عن القياس وهى فارسية معرب كزاف ومن هنا قيل أصل الكلمة وصل الى العربية قال ابن القطاع جزف فى الكيل جزفا أكثر منه ومنه الجزاف والمجازفة فى البيع وهى المساهلة والكلمة دخيلة فى العربية ويؤيده قول ابن فارس الجزف الاخذ بكثرة كلمة فارسية ويقال لمن يرسل كلامه ارسالا من غير قانون جازف فى كلامه فاقيم نهج الصواب مقام الكيل والوزن اهـ وفى السراج الوهاج القسمة كالبيع اذا وقعت فيما يجرى فيه الربا مجازفة لا تصح وفى العمدة اشترى حنطة رجل قبل أن تحصد مكايلة جاز لان الحنطة موجودة وكذلك القوائم

ويباع الطعام كيلا وجزافا

(قوله وينبغى أن يستحق الاقل) قال فى النهر ينبغى أن يقيد هذا بما اذا لم يعرف عرف الواقف فان عرف صرفت الدراهم اليه (قوله ولان احتمال الربا كحقيقته) معطوف على قوله لما سيأتى (قوله وفى الصيرفية جعل فى كفة الميزان تبرا الخ) قال فى النهر بعد نقله ما فى الفتح ولا ينافيه ما فى الصيرفية لان الذهب الخالص أقل لانه لا ينطبع بنفسه

والتبن قبل الكدس قبل التذرية وفي القنية يجوز بيع الحنطة في سنبلها مكايلة أو موازنة وإن لم تشتد الحبوب بعد اهـ ولو قال المصنف ويجوز بيع الحبوب كيلا ووزنا وجزافا بغير جنسه لكان أولى كما لا يخفى وفي البزازية وبيع الحنطة بالدراهم وزنا يجوز ويجوز بيع كل ما لا يتفاوت كالبر بلا إشارة ولا إضافة لو كان في ملكه قدر المبيع كله ولو قال بعتك مائة من من هذه الحنطة وأعطاها من كدس آخر لا يجوز لأن غير النقدين يتعين بالتعيين له عليه حنطة أكلها فباعها منه نسيئة لا يجوز لأنه بيع الضمان والحيلة أن يبيعها بثوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم إلى أجل اهـ والكدس وزان قفل ما يجمع من الطعام في البيدر فإذا ديس ودق فهو العرمة والصبرة كذا في المصباح وفي الظهيرية رجل له زرع قد استحصد فباع حنطته جاز لأنه باع موجودا مقدور التسليم ولو باع تبنها لم يجز لأن التبن لا يكون إلا بعد الدوس والتذرية فكان بيع المعدوم واستحصاد الزرع إدراكه وفي الذخيرة ادعى رجل على غيره شيئا مما يكال أو يوزن أو يعد فاشتراه المدعى عليه من المدعي بمائة دينار ثم تصادقا أنه لم يكن للمدعي على المدعى عليه شيء فالعقد باطل تفرقا أو لم يتفرقا لأن العقد يتعلق بالكر في ذمته بالإضافة إليه فإذا تبين أنه لم يكن في الذمة تبين أنه باع المعدوم وبيع المعدوم باطل ولو ادعى دراهم أو دنانير أو فلوسا اشتراها المدعى عليه بدراهم ونقد الدراهم ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء ففي مسألة الدراهم والدنانير إذا لم يتفرقا ورجع بمثل ما اشترى يصح العقد ثم يتعلق بالمسمى في الذمة ولو تفرقا بطل العقد وفي الفلوس لا يبطل العقد وإن تفرقا قبل قبض ما اشترى لأن في بيع الفلوس بالدراهم يكتفى بقبض أحد البدلين حقيقة وإذا اشترى شيئا بدراهم دين وهما يعلمان أن لا دين لم يجز ومن مسائل الحنطة ودعواها قال في دعوى البزازية ادعى عشرة أقفزة حنطة لا يصح بلا بيان السبب لأنه لو سلما يطالب في الموضع الذي عين عنده وإن قرضا أو ثمن مبيع تعين مكان البيع والقرض وإن غصبا واستهلاكا تعين مكان الغصب والاستهلاك اهـ وفي السراج الوهاج والمنتقى المشتري إذا قال بعني هذا الكر الحنطة فباعه فهو على الكيل فإن قبضه بغير كيل ثم كاله بغير محضر من البائع جاز إلا أن المشتري لا يصدق على ما يدعي من النقصان لأنه قد صدق على وفاء الكيل وإنما كاله تحليلا لموافقة السنة اهـ ولعله إنما لا يصدق مع أن القول للقابض لإقراره بقوله بعني هذا الكر (قوله وبإناء أو حجر لا يعرف قدره) لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم نادر وبه اندفع ما رواه الحسن من عدم الجواز للجهالة وما في الكتاب هو الأصح ولا يرد عليه السلم لأنه لا يجوز لما سيأتي وأنه لا بد من معرفة مقدار المسلم فيه لأن التسليم لا يكون فيه إلا بعد حلول الأجل والهلاك قبله غير نادر واحتمال الفساد فيه ملحق بحقيقته وأطلقه وهو مقيد بما إذا لم يحتمل الحجر التفتت والإناء النقصان كأن يكون من خشب أو حديد فإن احتملهما لم يجز كالزنبيل والغرائر والجيار والبطيخ وعلى هذا ملء قربة بعينها أو راوية من النيل فعن أبي حنيفة لا يجوز لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقايين فلو ملأ له بأصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه يوفيه في منزله وعن أبي يوسف إذا ملأها ثم تراضيا جاز كما قالوا إذا باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعيين قدر المبيع في الثاني وفي المحيط بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز إلا إذا جعله في إناء وفي الخلاصة خلافه قال اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا إذا كانت القربة معينة وعن أبي يوسف يجوز في القرب مطلقا ومراد

المصنف

وبإناء أو حجر لا يعرف قدره

(قوله وفي القنية يجوز بيع الحنطة في سنبلها مكايلة الخ) قال الرملي نحو عشرة أمداد مثلا منها بكذا من الثمن لأنه مبيع موجود مغطى بسنبله فلا مانع من جوازه (قوله عليه حنطة أكلها فباعها منه الخ) قال الرملي تقدم في شرح قوله هو مبادلة المال بالمال زيادة بحث في المسئلة ومقال

(قوله بل ظاهر الهداية انه على حقيقته) أي ان المراد بقوله لا يجوز نفي الجواز حقيقة لا نفي اللزوم بقرينة تصحيحه لمقابله واذا كان الاصح خلافه فلا حاجة الى الحمل المذكور ولكن لا يخفى عليك ان بالحمل المذكور تتفق الروايتان وهو خير من اختلافهما فلا يدفعه ما في الهداية نعم الاولى ما في النهر حيث قال عبارته في الخانية رجل اشترى طعاما باناء لا يعرف قدره قالوا لا يجوز بيعه لانه ليس بمكيال ولا مجازفة اه وهذا التعليل يمنع هذا الحمل فتدبره اه (قوله ومن هنا طعن المحقق الخ) وذلك حيث قال وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنتقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والغرض ان أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك ان تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان ندر فالاختلاف في انه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد فلا بأس به ثم ان في المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكره اه كلام المحقق سقى الله ضريحه صيب العفو والرضوان (قوله وقد صرح في الخلاصة في نظيره الخ) قال في النهر وفي عيون المذاهب به يفتى لا لضعف دليل الامام بل تيسيرا على الناس وكأنه في البحر لم يطلع على هذا فقال رجح قولهما ما في الخلاصة في نظيره اه وعزا في الدر المختار مثل ما في النهر الى الشرنبلالية عن البرهان والقهستاني عن المحيط وغيره قلت لكن قرر في الفتح دليل قوله ودليل قولهما ثم قال وحينئذ ترجح قول أبي حنيفة ثم قال وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع اه وفي تصحيح الشيخ قاسم قال في شرح الهداية يرجح قول أبي حنيفة وكذا رجحه في الكافي واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وكذا في بيع القطيع والزرع والله تعالى أعلم اه وقد يقال ان هذا ترجيح له من حيث قوة الدليل والاول ترجيح له من حيث كونه أيسر على الناس كما يشير اليه كلام عيون المذاهب

ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع

المصنف جواز البيع بالاناء والحجر لا لزومه وفي المعراج عن جمع التفاريق عن محمد ان للمشتري الخيار وفي مجموع النوازل لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم به جاز وله الخيار وفي فتح القدير بعد نقله وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كالسلم أي لا يلزم اه وهو غير محتاج اليه بل ظاهر الهداية انه على حقيقته ولذا قال ان الجواز أصح وأظهر وشرط في المبسوط في مسئلة الكتاب أن يكون يدا بيد فلا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ومن هنا طعن المحقق في فتح القدير على من اشترط فيما يوزن به ان لا يحتمل النقصان لانه حينئذ لا جفاف يوجب النقصان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز كما لا يجوز في السلم الى آخر ما حققه وهو حسن جدا وهذا الخيار خيار كشف الحال كما قدمناه في مسئلة الحفيرة والمطمورة وفي فتح القدير وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز اه وذكر في السراج الوهاج القصعة مع الطشت وقدمنا ما اذا باعه جميع ما في هذا البيت أو الدار أو الصندوق أو القرية ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الاناء والحجر على حالهما فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع لانه لا يعلم مبلغ ما باعه منه كذا في السراج الوهاج (قوله ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع) يعني عند أبي حنيفة الا أن يسمي جميع قفزانها أو جميع ثمنها وقالا يصح مطلقا له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فينصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ولم يذكر المصنف الخيار على قوله قالوا وله الخيار في الواحد كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته وقد صرح في الخلاصة في نظيره بان الفتوى على قولهما وقال رجل اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب عندهم من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب عندهم أجناسا مختلفة لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كبيع قطيع الغنم وعندهما يجوز اذا

كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورده الصدر الشهيد والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلف فيه قال الفقيه أبو الليث والفتوى على قولهما تيسيرا للأمر على المسلمين اه وفي فتح القدير وتفريع الصدر الشهيد أوجه اه وفي المعراج ان أبا الليث هذا هو الخوارزمي فظاهره انه ليس هو الفقيه المشهور وقيد بقوله كل قفيز لانه لو قال بعتك هذه الصبرة على انها قفيز أو بعتك قفيزا منها فهما سواء والبيع واقع على قفيز واحد فان وجده أقل من قفيز فله الخيار لتفرق الصفقة كما اذا قال بعتك على انه كر كل قفيز بكذا أو وجده أنقص فله الخيار كذا في غاية البيان وفيما ان لكل منهما الخيار في مسئلة الكتاب قبل الكيل وذلك لان الجهالة قائمة أو لتفرق الصفقة واستشكل القول بتفرق الصفقة على قول الامام لانه قال بانصرافه الى الواحد فلا تفريق وأجاب في المعراج بان انصرافه الى الواحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بالمسائل الاجتهادية فلا ينزل عالما فلا يكون راضيا كذا في الفوائد الظهيرية وفيه نوع تأمل اه وصرح في البدائع بلزوم البيع في الواحد وهذا هو الظاهر وعندهما البيع في الكل لازم ولا خيار وصبرة الطعام مثال لان كل مكيل أو موزون أو معدود من جنس واحد اذا لم يكن مختلف القيمة كذلك وكذا قوله كل صاع لانه لو قال كل صاعين أو ثلاثة فانه يصح بقدر ما سمى عنده وقيدنا بعدم تسمية ثمن الجميع لانه لو بينه ولم يبين جملة الصبرة كما لو قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فانه يجوز في الجميع اتفاقا وفي تلخيص الجامع من باب الكيل يزيد أو ينقص اشترى على انه كر فابتل قبل القبض أوجف وأمضى فالفضل والنقص له وعليه ان كانا بعد الكيل الملك الاصل كالولد والعمى وللبائع وعليه ان كانا قبله اذ الكيل كالانشاء لابهام قبله والمكيل كالجزاف وفاء بالاشارة والشرط ولو اشترى قفيزا منه فما بعد الكيل كما قبله لانه مبهم ما لم يقبض حتى لم ينقضه التلف ما بقي من الكر وجاز التبديل ما لم يجاوزه فلا يعلم الحدوث في الملك فان قابله الجنس أفسده محمد في الطارئ حال الابهام اذ التعيين كالانشاء ولا يرى مبيحا بالغير والمثل ملحقا بالرطب والتمر ما يتفاوت في المآل حتى المنقع ذا فما للرطب بالرطب اذ التفاوت في غير المبيع الى آخره وقيد بالبيع لانه في الاجارة والاقرار ينصرف الى الواحد اتفاقا كما اذا قال أجرتك داري كل شهر بكذا أو كل شهر سكن أوله لزمه واذا كفل انسان بهذه الاجرة كل شهر بكذا فكل شئ لزم المستأجر لزم كفيله كما في كفالة الخانية ولك على كل درهم وفي اقرار الخانية لو قال على كل درهم من الدراهم يلزمه ثلاثة دراهم في قول أبي يوسف ومحمد وفي قياس قول أبي حنيفة يلزمه عشرة ولو قال على مع كل درهم درهم أو على درهم مع كل درهم يلزمه درهمان اه وأما في التعليق فللكل اتفاقا كما اذا قال كل امرأة أتزوجها وكذا لو قال كلما اشتريت هذا الثوب أو ثوبا فهو صدقة أو كلما ركبت هذه الدابة أو دابة وفرق أبو يوسف بين المنكر والمعرف في الكل وتمامه في شرح الزيلعي من التعليق وفي الخانية كلما أكلت اللحم فعلى درهم فعليه بكل لقمة درهم وأما في الكفالة فان صدر القول من الكفيل كان للواحد كما اذا ضمن لها نفقتها كل شهر أو كل يوم لزمه نفقة واحدة عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف كما في نفقات الخلاصة وان صدر من الآمر كما اذا قال ادفع عني كل شهر كذا فدفع المأمور أكثر من شهر لزم الآمر كما في كفالة الخانية وقد وضعت ضابطا فقهيا لم أسبق اليه لكلمة كل بعد تصريحهم بانها للاستغراق افراد ما دخلته

(قوله بانها للاستغراق افراد ما دخلته الخ) بنوا على ذلك الاصل صحة قولك كل رمان ما كول دون كل الرمان ما كول لان من أجزاء المعرف قشره وهو لا يؤكل

في المنكر وأجزائه في المعرف هو ان الافراد ان كانت مما لا تعلم نهايتها فان لم تفض الجهالة الى المنازعة فانها تكون على أصلها من الاستغراق كمسئلة التعليق والامر بالدفع عنه والا فان كان لا يمكن معرفتها في المجلس فهي على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار والكفالة والا فان كانت الافراد متفاوتة لم تصح في شئ عنده كبيع قطيع كل شاة وصح في الكل عندهما كالصبرة والاصح في واحد عنده كالصبرة وفي اقرار الخلاصة وغيرها الوصي اذا قال قبضت كل مال لفلان الميت على الناس فجاء غريم وقال للوصي اني دفعت اليك كذا كذا درهما وقال الوصي ما قبضت منك شيأ فالقول قول الوصي مع يمينه اهـ ثم رأيت بعد ذلك في آخر غصب الخانية من مسائل الابراء لو قال كل غريم لي فهو في حل قال ابن مقاتل لا يبرأ غرماؤه لان الابراء ايجاب الحق للغرماء وايجاب الحقوق لا يجوز الا لقوم باعيانهم وأما كلمة كل في باب الاباحة فقال في الخانية من ذلك الباب لو قال كل انسان تناول من مالي فهو حلال له قال محمد بن سلمة لا يجوز ومن تناول ضمن وقال أبو نصر محمد بن سلام هو جائز نظرا الى الاباحة والاباحة للمجهول جائزة ومحمد جعله ابراء عما تناوله والابراء للمجهول باطل والفتوى على قول نصير اهـ ويمكن أن يقال في الضابط بعد قوله فهي على الواحد اتفاقا ان لم يكن فيها ايجاب حق لاحد فان كان لم يصح ولا في واحد كمسئلة الابراء وقدمنا في الطلاق الفرق بين قوله أنت طالق كل تطليقة وكل التطليقة وفي باب الظهار الفرق بين أنت علي كظهر أمي كل يوم وفي كل يوم ثم اعلم أن مفهوم قوله صح في واحد أنه فاسد فيما عداه ويرتفع الفساد بكيله في المجلس لارتفاع الجهالة فان تفرقا قبل الكيل وكيل بعد ذلك تقرر الفساد فلا يصح الا باستئناف العقد عليه كذا في السراج الوهاج ولو أشار الى نوعين حنطة وشعير فقال أبيعك هاتين الصبرتين كل قفيز بدرهم فالبيع جائز عند أبي حنيفة في قفيز واحد وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز في الصبرتين جميعا كذا في الكرخي وفي المنظومة فاسد في الجميع عند أبي حنيفة كذا في السراج الوهاج وفي المجتبى بعتك نصيبي من هذا الطعام بطل وان بين بعد ذلك وكذا في الدار وهو قول زفر ولو باع جزأ من خمسة أسهم أو سهما من خمسة أو نصيبي من خمسة أسهم أو سهما من خمسة انصباء أو جزأ أو نصيبا منه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا لا قياسا اهـ وفي الظهيرية من باب الاستحقاق رجل له ثلاثة أقفزة حنطة باع منها قفيزا ثم باع منها قفيزا من رجل آخر ثم باع منها قفيزا من ثالث ثم كال لهم الاقفزة الثلاثة ثم جاء رجل واستحق من الكل قفيزا فان المستحق يأخذ القفيز الثالث لان صاحب اليد حين باع القفيز الاول والثاني فقد باع ما يملكه وأما الثالث فقد باع ما لا يملكه اهـ وفي الخانية رجل في يده كران فباع أحدهما من رجل ولم يسلم حتى باع من آخر كرا ودفع اليه ثم باع الكر الآخر من رجل آخر ودفعه اليه ثم حضر المشتري الاول ووجد المشترين جميعا فانه يأخذ ما كان في يد الثالث لان البائع بعد ما باع الاول كان يملك الكر الثاني فاذا باع الآخر لثالث لم يجز بيعه وان لم يجد المشتري الثالث ووجد الثاني أخذ من الثاني نصف ما في يده فان حضر الثالث بعد ذلك أخذ الاول والثاني جميع ما في يده ولو وجد الاول الثالث أخذ جميع ما في يده وكذا لو كان مكان الكرين عبد اهـ ثم قال بعده ولو كان معه قفيزا حنطة وأما اذا باعها الثلاثة ثم كالها فوجدها ناقصة فهل يكون النقصان من حصة الثالث أو على الثلاثة فقال في الولوالجية رجل له سلعة وزنية ظن انها أربعة آلاف من فباعها من أربعة أنفس لكل منهم ألف من بثمن معلوم فلما وزنوا وجدوا ذلك ناقصا من المقدار المقدر بكثير فهذا على وجهين ان باع منهم معا لهم الخيار ان شاء أخذ كل واحد

(قوله ان كانت مما لا تعلم نهايتها الخ) قال العلامة الوانى في حاشية الدرر والغرر الاصل عند أبي حنيفة ان كلمة كل متى أضيفت الى ما لا يعلم منتهاه يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه واعترض على أصل الائمة الثلاثة بانه اذا قال كل امرأة أتزوجها أو كل عبد اشتريته فهو حر فانه ينصرف الى كل امرأة يتزوجها والى كل عبد يشتريه فينبغي أن لا يجوز هذا على ذلك الاصل وأجيب عنه بان نحن ندعي ذلك فيما لا يجري فيه النزاع وزيف هذا الجواب بان في عدم جريان النزاع في صورة النقض كلاما وأجيب ثانيا بان النكرة في صورة النقض متصفة بصفة عامة وهو التزوج والشراء فيكون المعنى معلوما باعتبار الصفة بخلاف ما نحن فيه فظهر الفرق اهـ وأنت تعلم ان هذا الجواب أيضا لا يشفي غليلا فان البائع اذا قال كل صاع أبيعه

ولو باع ثلة أوثوبا كل شاة بدرهم أوكل ذراع بدرهم فسد فى الكل ولو سمى الكل فى الكل صح

منهم ما يخصه من الثمن وان شاؤا تركوا ورجعوا بالثمن لانه تغير شرطهم فان باع منهم على التعاقب فالنقصان على الآخر اه والظاهر ان الشئ الكيلى كالوزنى وفى المصباح الصبرة من الطعام جمعها صبر كغرفة وغرف وعن ابن در يد اشتريت صبرة أى بلا كيل ولا وزن اه والقفيز مكيال يسع ثمانية مكاييل والجمع اقفزة وقفزان والقفيز من الارض عشر الجريب اه والوقر بالكسر حمل البعير ويستعمل فى البعير وبالفتح ثقل السمع اه (قوله ولو باع ثلة أوثوبا كل شاة بدرهم أوكل ذراع بدرهم فسد فى الكل) يعنى عند أبى حنيفة خلافا لهما لان رفع هذه الجهالة بيدهما وله ماقدمناه من أن الافراد اذا كانت متفاوتة لم يصح فى شئ وقطع ذراع من الثوب موجب للضرر فلم يجز كبيع جذع من سقف وعلى هذا كل عددى متفاوت كالبقر والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل وفى المعراج البيض كالرمان قياسا واستحسانا كالقفزان اه وفى القنية باع نصف خشبة مقلوعة أو نصف عمارة مشاعا جاز وان كان فى قسمته ضرر اه فليس كل ضرر يفسد البيع فلو علم بالعدد قبل الافتراق فله الخيار قيد بعدم ثمن تسمية الكل لانه لو سمى ثمن الكل كما اذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فانه جائز فى الكل اتفاقا كما لو سمى جملة الذرعان أو القطيع واطلق الثوب وقيده العتابى فى شرح الجامع الصغير بثوب يضره التبعيض أما فى ثوب الكرباس فينبغى أن يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام الواحد كذا فى غاية البيان وفى القنية اشترى ذراعا من خشبة أوثوب من جانب معلوم لا يجوز ولو قطعه وسلمه أيضا لا يجوز الا أن يقبل وعن أبى يوسف جوازه وعن محمد انه فاسد ولكن لو قطع وسلم فليس للمشترى الامتناع وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الاوراق باغصانها وكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها فليس للمشترى أن يسترد الثمن اه وقيد بقوله كل شاة بدرهم لانه لو اشترى الرجل غنما أو بقرا أو عدل زطى كل اثنين من ذلك بعشرة دراهم فهو باطل اجماعا لان كل شاة لا يعرف ثمنها الا بانضمام غيرها اليها وأنه مجهول لا يدرى وان كان ذلك فى مكيل أو موزون أو عددى متقارب جاز كما فى الخانية وفى القاموس الثلة جماعة الغنم أو الكثيرة منها أو من الضأن خاصة والجمع كبدر وثلال اه وفى السراج الوهاج قال الحلوانى رحمه الله تعالى الاصح ان عند أبى حنيفة اذا أحاط علمه بعدد الاغنام فى المجلس لا ينقلب العقد صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضى المشترى ينعقد البيع بينهما بالتراضى كذا فى الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم اه وفى البدائع وعلى هذا الخلاف الوزنى الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من الاوانى والعلب اه (قوله ولو سمى الكل فى الكل صح) أى لو سمى جملة المبيع صح فى المثلى والقيمى لزوال المانع أطلقه فشمل ما اذا سمى فى العقد أو بعده بشرط المجلس وبعده لا لان ساعات المجلس تعتبر ساعة واحدة دفعا للعسر فالعلم فى المجلس كالعلم حالة العقد ولا ينقلب جائزا بالعلم بعد المجلس لتقرر الفساد للجهالة ومافى المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح فى الكل وان علم بعد المجلس بعيد لما قررناه وشمل تسمية جميع الثمن وجميع المبيع لما قدمنا ان تسمية جملة الثمن كافية للصحة كتسمية المبيع وقد صرح به فى السراج الوهاج وفى القنية اشترى من البقول عشرة أمناء من الجزر من جزر له كثير صح كعشرة اقفزة من الحنطة لان المشاحة لا تجرى فيه ولو قال على ان اختار منها لا يصح قال اشتريت منك ألف من من هذه الحنطة فوزنت واذا هى خمسمائة قيل صح فى الموجود وقيل لا لان الفساد قوى فيتعدى اليه ومن صح فى الموجود اتفاقا وكذا فى العدديات المتقاربة وانما الخلاف فى العدديات

فهو بدرهم فالظاهر ان المسئلة بحالها فالجواب الحق أن يقال ان صورة النقض من قبيل التعليق واليمين فوقع الطلاق والعتاق لوجود الشرط وهو التزوج والاشتراء لالتناول اداة السور فيما لا ينتهى والحال فى المسئلة ليس كذلك فافترقا اه (قوله فلا يصح الا باستئناف العقد عليه) أى بعد متاركة العقد الفاسد لما قدمه المؤلف من قوله ويستثنى من قوله يلزم بايجاب وقبول ما اذا حصلا بعد عقد فاسد لم يتركاه فان البيع ليس بلازم (قوله وان لم يجد المشترى الخ) أى المشترى الاول (قوله أو نصف عمارة مشاعا جاز) قال الرملى هذا ليس على اطلاقه فارجع الى أنفع الوسائل ان أردت تحرير هذه المسئلة فانها من المسائل التى حررها (قوله ينعقد البيع بينهما بالتراضى الخ) هذا ينافى ما قدمه من ان بيع

المتفاوتة اذا وجدها انقص وفي البدائع لو قال بعت منك هذا القطيع كل شاتين بعشرين فالبيع فاسد في الكل اجماعا وان علم المشتري العدد في المجلس واختار (قوله وان نقص كيل أخذ بحصته أو ترك وان زاد فللبائع) متفرع على قوله وان سمى الكل يعني اذا سمى الجملة لو نقص عما سماه في المثليات خير لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاؤه بالموجود وان زاد شئ عليه فهو للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف وفي غاية البيان وكذا الحكم في كل مكيل أوموزون ليس في تبعيضه ضرر وقيد بكونه بيع مكايلة لانه لو اشترى حنطة مجازفة في البيت فوجد تحتها دكانا فله الخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها وكذا لو اشترى شرا من حنطة على انها كذا وكذا ذراعا فاذا هي أقل من ذلك فله الخيار ولو كان طعاما في حب فاذا نصفه تبن يأخذه بنصف الثمن لان الحب وعاء يكال فيه فصار المبيع حنطة مقدرة والبيت والبئر لا يكال بهما فصار المبيع حنطة غير مقدرة ولكن البائع أطمعه في شئ فوجد بخلافه وذا يوجب الخيار ولو اشترى سمكة على انها عشرة أرطال ووزن البائع عليه فوجد المشتري في بطنها حجرا يزن ثلاثة أرطال فهو بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لان الوزن ههنا جار مجرى الجودة والوزن قد يجري مجرى الصفة في بعض الاشياء كما في اللآلئ والجواهر وههنا كذلك وفوات الوزن بمنزلة العيب فان شواها قبل ان يعلم والمسئلة بحالها تقوم السمكة عشرة أرطال وتقوم سبعة فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن لانه تعذر الرد بالعيب فيرجع بنقصان العيب كذا في المحيط ومسئلة السمكة خارجة عن حكم الموزونات فان الحكم في الموزونات التخيير عند النقصان ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك وحكمها التخيير بين الاخذ بجميع الثمن أو الفسخ ولا خصوصية للسمكة بل كل موزون في تبعيضه ضرر كذلك ولذا قال في الخانية رجل باع لؤلؤة على انها تزن مثقالا فوجدها أكثر سلمت للمشتري لان الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان في الثوب اه وفي الخلاصة اشترى طستا على أنه عشرة أمناء فبان بعد القبض انه خمسة أمناء خير المشتري لانه بمنزلة العيب فان حدث به عيب عنده وأبى البائع قبوله قوم طشت من عشرة أمناء مثلا بعشرين وقوم من خمسة أمناء بعشرة أمناء فالعيب ينقص خمسة اه والقول للقابض في الزيادة والنقصان وعليها يتفرع ما في الخانية ولو باع من آخر ابريسما فوزنه البائع على المشتري فذهب به المشتري ثم جاء بعد مدة وقال وجدته ناقصا ان كان يعلم أنه انتقص من الهواء لاشئ على البائع وكذا لو كان النقصان مما يجري بين الوزنين وان لم يكن النقصان من الهواء ولا يجري بين الوزنين فان لم يكن المشتري أقر انه قبض كذا أمناء فله ان يمنع حصة النقصان من الثمن ان كان لم ينقده الثمن فان كان نقده الثمن رجع عليه بذلك القدر وان كان المشتري أقر انه قبض كذا أمناء ثم قال وجدته أقل من ذلك فليس له ان يمنع من البائع شيأ من الثمن ولا يسترده اه وأطلقه فشمل ما اذا كان المسمى مشروطا باللفظ أو بالعادة لما في البزازية اتفق أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع على وجه لا يتفاوت فاعطى رجل ثمنا واشتراه وأعطاه أقل من المتعارف ان كان من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن وان كان من غير أهلها رجع في الخبز لان التسعير فيه متعارف فيلزم الكل لا في اللحم فلا يعم اه وفي البزازية أيضا اشترى عنب كرم على انه ألف من فظهر انه تسعمائة طالب البائع بحصة مائة من من الثمن وعلى قياس قول الامام يفسد العقد في الباقي وكان قاضي الحرمين يروي عن الامام من جنس هذا وأفتى الحلواني والسرخسي على ان العقد يصح فيما وجد وبه أفتى الصدر الشهيد وفي المحيط

وان نقص كيل أخذ بحصته أو ترك وان زاد فللبائع

التعاطي لا ينعقد بعد البيع الفاسد بدون متاركة وكذا بعد الباطل وفي المجتبى ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر فالبيع باطل وكذا الرمان ولو عزلها البائع وقبلها المشتري جاز استحسانا والعزل والقبول بمنزلة ايجاب وقبول اه ومثله في التتارخانية وغيرها وانظر ما كتبناه هناك

اشترى نصف ما في الكرم المعين من العنب الذي على الكرم على أنه خمسمائة من يجوز وجد ذلك القدر أو أقل أو أكثر وذكر الامشي انما يجوز اذا وجد خمسمائة ولو قال بعت ألف من من هذا الكرم ان كان العنب من نوع واحد يجوز وفي الملتقط جواز شراء العنب من الكرم اذا سمى انه كذا كذا كوارة وذكرها و ينظر المقومون لتقدير القيمة فان شرط انها كذا كذا كوارة يجوز فيها شرائط السلم والا فلا وعلى المشتري ضمان ما أتلفه ولا شئ عليه من ثمن الباقي اذا كان العقد جائزا ولا يشترط فيه ذكرها وعددها فاذا وجده زائدا أو ناقصا لا شئ لأحدهما على الآخر لانه اشترى الجملة بلا تقدير اهـ وفي المحيط لو اشترى كرا على انه عشرة أقفزة فكاله فوجده أكثر من عشرة فالزيادة للبائع لان قدر المبيع عشرة أقفزة فاذا كاله ثانيا فوجده أنقص لا يكملها الا انه ظهر قدر المبيع بالكيل الاول وصار مسلما فلا يعتبر الكيل الثاني وان كاله فوجده أنقص من عشرة يطرح من ثمنه وان شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك فان كاله ثانيا فوجده عشرة لا يزيد على الثمن ولا يبطل خياره والعبرة للكيل الاول اهـ و يعلم منه حكم الموزونات وفي تلخيص الجامع باب شراء الظرف بما فيه والطعام والقيمي اشترى زق زيت بما فيه على انهما مائة رطل فاذا الزق أثقل من المعتاد خير للتقدير ولو كان عشرين حط ثمن ماخص الزيت ان كان الزيت سبعين بعد قسمة الثمن على قيمة الزيت أو قيمة ثمانين رطل زيت ٧ والتخيير ورد عشرين ان كان مائة صرفا للنقص والفضل الى الزيت اذ القدر أصل فيه دون الزق كانه قال والزق ما وجد والزيت تكملة المائة ولو كان مكان الزق سمن حط ثلاثة أخماس ماخصه ورد سبعي الزيت بعد قسمة الثمن على قيمة خمسين من كل فرد لان القدر أصل فيهما فاقتسماه كما في البيع بالف مثقال ذهب وفضة ولو كان الزق مائة والزيت خمسين فسد لجهالة الثمن أو شرط المعدوم اذ لا تنقص في الزق ولا عقد في غير المائة ولو اشترى الاغنام العشر والقفزان العشرة على ان كل شاة وقفيز بدرهم فاذا القفزان تسعة رد الكل اذ لم تتم الصفقة أو حط عشرة قسط الطعام بعد قسمة كل درهم على شاة وقفيز وأمضى لزوال الجهل بفرض التساوي ولو كانت الاغنام تسعة فسد في قفيز عندهما وفي الكل عنده لشرط الربا اذ لم يقابل قسط ما فات مالا وتمامه فيه والزق بالكسر الظرف كذا في المصباح أطلق في تخييره عند النقصان عما سماه وقيده قاضيخان في فتاواه فقال وان اشترى مكيلا أو موزونا على انه كذا فوجده أقل جاز البيع فيما وجد وهل يخير المشتري ان كان لم يقبض المشتري المبيع أو قبض البعض كان له أن يرده وان كان قبض الكل لا يخير اهـ ثم اعلم ان في صورة النقصان انما يسقط حصة النقصان اذا لم يكن المبيع مشاهدا له فان كان مشاهدا له انتفى الغرور ولهذا قال قاضيخان في فتاواه اشترى سويقا على ان البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشتري ينظر اليه فظهر انه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري لان هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه انتفى الغرور وهو كما لو اشترى صابونا على انه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر انه متخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر الى الصابون وقت الشراء وكذا لو اشترى قميصا على انه اتخذ من عشرة أذرع وهو ينظر اليه فاذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري لما قلنا اهـ وأطلق في الزيادات وقيدها في المجتبى بما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين وما يدخل بينهما لا يجب رده واختلف في قدر ما يدخل بينهما فقيل بنصف درهم في مائة وقيل دانق في مائة لا حكم له وعن أبي يوسف دانق في عشرة كثير وقيل ما دون حبة عفو في الدينار وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف من اهـ وقد يكون الزيادة كانت مختلطة في

(قوله وقيده قاضيخان في فتاواه الخ) قال في النهر أنت خبير بان الموجب للتخيير انما هو تفريق الصفقة وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد القبض ناقصا الا أن يقال انه بالقبض صار راضيا بذلك فتدبره اهـ قلت وانظر قول المؤلف السابق والمنقول للقابض في الزيادة والنقصان الى آخر ما نقله عن الخانية هناك فانه يفيد ان مجرد القبض بدون الاقرار لا يفيد منع التخيير لكن قد يفرق بان ما مر فيما اذا أنكر البائع النقصان بخلاف ما هنا والذي ينبغي أن يقال ان علم المشتري بالنقصان قبل القبض لم يكن له الرد لرضاه بتفريق الصفقة وان لم يعلم الا بعده كان له الرد تامل (قوله وان كان قبض الكل لا يخير) قال في النهر يعني وانما يرجع بالنقصان (قوله ثم اعلم انه في صورة النقصان الخ)

المبيع وقت البيع لانها لو حدثت في المبيع كما اذا زادت الحنطة بالبل فان كان مشارا اليه بيع بشرط الكيل تكون للبائع ان حدثت قبل الكيل وان بعده فللمشتري لان قدر المبيع لا يظهر الا بالكيل فتكون الزيادة قبل الكيل حادثة على ملك البائع وبعده حادثة على ملك المشتري وان لم يكن مشارا اليه فالحادثة بعد الكيل قبل القبض للبائع وبعد القبض للمشتري وتمام تفريعاته في المحيط وسيأتي ان القيمي اذا وجده ناقصا أو زائدا فسد البيع ان لم يبين ثمن كل وفي الخانية باع أرضا على ان فيها كذا كذا نخلة فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لان الشجر يدخل في بيع الارض تبعا ولا يكون له قسط من الثمن وكذا لو باع دارا على ان فيها كذا كذا بيتا فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه وكذا لو باع دارا على ان فيها كذا كذا نخلة عليها ثمارها فباع الكل بثمارها وكان فيها نخلة غير مثمرة فسد البيع لان الثمر له قسط من الثمن فاذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم في البيع فصارت حصة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بثمن مجهول فيفسد البيع كما لو باع شاة مذبوحة فاذا رجلها من الفخذ مقطوعة فسد البيع لان الفخذ له قسط من الثمن اه وقيد بكونه سمى جملة القفزان على التعيين لانه لو سماها على الابهام كما لو باع صبرة على انها أكثر من عشرة اقفزة فان وجدها كذلك جاز البيع وان وجدها عشرة أو اقل من عشرة لا يجوز البيع ولو باعها على انها أقل من عشرة فوجدها كذلك جاز وان وجدها عشرة أو أكثر لا يجوز البيع وعن أبي يوسف انه يجوز البيع ولو اشترى دارا على انها عشرة أذرع جاز البيع في الوجوه كلها كذا في الخانية وفي القنية عد الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به ثم أضاف العقد الى عينها ولم يذكر العدد ثم ازدادت على ما ظنه فهي حلال للمشتري وفي فتاوى صاعد ساومه الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم فغلطوا وحاسبوا المشتري بخمسمائة وباعوها منه بخمسمائة ثم ظهر ان فيها غلطا لا يلزمه الا خمسمائة أفرز القصاب أربع شياه فقال بائعها هي بخمسة كل واحدة بدينار وربع فذهب القصاب فجاء باربع دنانير فقال للبائع هل بعت هذه بهذا القدر والبائع يعتقد انها خمسة قال صح البيع قال رضي الله تعالى عنه وهذا اشارة الى انه يصح باربعة ولا يعتبر ما سبق ان كل واحدة بدينار وربع اه (فرع) لطيف من أيمان خزانة الفتاوى مناسب للوزنيات اشترى منا من اللحم فقالت هذا أقل من من وحلفت عليه وقال الزوج ان لم يكن منا فانت طالق فالحيلة فيه أن يطبخ قبل ان يوزن فلا يحنثان اه (قوله وان نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع) لان الذرع في المذروع وصف لانه عبارة عن الطول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل شئ من الثمن فاذا قال على انها مائة ذراع بمائة ولم يزد فوجدها أنقص كان عليه جميع الثمن وانما يخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده غير كاتب وان وجدها أزيد فللمشتري الزيادة ولا خيار للبائع كما اذا باعه على انه معيب فاذا هو سليم وقد ذكر المشايخ في التفريق بين القدر وهو الاصل والوصف حدودا فقيل ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بهما فالزيادة والنقصان فيه أصل وقيل الوصف بالوجود تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والاصل ما لا يكون بهذه المثابة وقيل ما لا ينقص بالباقي لفواته فهو أصل وما ينقص الباقي بفواته فهو وصف وهذا مع الثاني متقاربان

وان نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع

قال في النهر بعد نقله لهذا ولما استدل به عليه من كلام الخانية وأقول فيه نظر اذ الكلام في مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع وما في الخانية ليس منه لتصريحهم بان السويق قيمي لما بين السويق والسويق من التفاوت الفاحش بسبب القلي وكذا الصابون كما في جامع الفصولين وأما الثوب فظاهر وعلى هذا ما سيأتي من انه يخير في نقص القيمي بين أخذه بكل الثمن أو تركه مقيد بما اذا لم يكن مشاهدا فتدبره

فبهذا علم ان القدر فى المكيلات والموزونات أصل والذرع فى المذروعات وصف وثمرة كون الذرع وصفا والقدر أصلا تظهر فى مواضع منها ماذكر فى الكتاب ومنها انه لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل الكيل والوزن اذا اشتراه بشرط الكيل والوزن ويجوز به فى المذروع قبل الذرع سواء اشتراه مجازفة أو بشرط الذرع ومنها أن بيع الواحد باثنين لا يجوز فى المكيلات والموزونات ويجوز فى المذروعات كذا فى المعراج الا اذا بين لكل ذراع ثمنا فانه لا يتصرف قبل الذرع كما فى المحيط وفيه الوصف لا يقابله شئ من الثمن كما اذا اعور المبيع فى يد البائع قبل التسليم لم يسقط شئ من الثمن وكذا اذا اعورت فى يد المشترى فله البيع مرابحة بلا بيان الا اذا كان مقصودا بالتناول حقيقة أو حكما أما حقيقة بان قطع البائع يد العبد قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع والحكمى بان يمتنع الرد بحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشترى أو لحق الشرع كما اذا خاط المبيع بان كان ثوبا ثم وجد به عيبا فالوصف متى كان مقصودا بأحد هذين الوجهين يأخذ قسطا من الثمن كذا فى الفوائد الظهيرية وفى ايضاح الاصلاح وليس المراد من الوصف ما يوجب الحسن والقبح فيما قام به يفصح عن هذا قولهم ان الوزن فيما يضره التبعيض وصف وفيما لا يضره قدر مع عدم الاختلاف فى الحسن والقبح اهـ وظاهر قوله وان زاد فللمشترى ان الزيادة تسلم له قضاء وديانة وحكى خلافا فيه فى المعراج فقال فى فتاوى النسفى وأمالى قاضيخان لا تسلم له الزيادة ديانة وفى شرح أبى ذر والجامع الاصغر عن أسد وأبى حفص وأبى الليث لا يردها ديانة وفى العمدة لو اشترى حطبا على انه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما فى الذرعان اهـ وفرع الحطب مشكل وينبغى أن يكون من قبيل القدر لانه لا يتعيب بالتبعيض فينبغى أن تكون الزيادة للبائع خصوصا ان كان من الطرفاء التى تعورف وزنها بالقاهرة وفى الخانية رجل قال أبيعك هذا الثوب من هذا الطرف الى هذا الطرف وهو ثلاثة عشر ذراعا فاذا هو خمسة عشر فقال البائع غلطت لا يلتفت اليه ويكون الثوب للمشترى بالثمن المسمى قضاء وفى الديانة لا تسلم له الزيادة اهـ (قوله ولو قال كل ذراع بكذا ونقص أخذ بحصتها أو ترك وان زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) لما قدمنا انه وان كان وصفا اذا أفرد بثمن صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع منزلة ثوب فاذا وجدها ناقصة خير لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له لصيرورتها أصلا فخير بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لرفع الضرر عن التزام الزائد وأورد عليه ينبغى فساد العقد فى صورة النقصان عند أبى حنيفة كما هو أحد قولى الشافعى للجمع بين الموجود والمعدوم كما اذا اشترى ثوبين هروبين فاذا أحدهما مروى وأجيب بان الذرع وان صار أصلا بافراد الثمن هو وصف حقيقة فكان أصلا من وجه دون وجه فمن حيث انه أصل لا تسلم له الزيادة ومن حيث انه وصف لم يفسد العقد فيما اذا وجد ناقصا بخلاف تلك المسئلة فان الثوبين أصل من وجه وبهذا الجواب اندفع ما أورد من انه ينبغى أن يكون أصلا وان لم يفرد لكل ذراع ثمن لانه لما قابل عشرة بعشرة مثلا انقسم الآحاد على الآحاد فيصير بسبب المقابلة كأنه أفرد وحاصل الجواب انه لما اجتمع فيه الاصالة والوصفية جعلناه أصلا عند الافراد ووصفا عند تركه صريحا عملا بالشبهين كذا فى المعراج وأورد أيضا على القول باصالته عند افراده بثمنه لزوم امتناع دخول الزيادة فى العقد كما فى الصبرة مع انكم جوزتم أخذ الجميع بحكم البيع وأجيب عنه للفرق بينهما وهو ان الزيادة لو لم تدخل فى العقد فسد لانه يصير بعض الثوب وانه لا يجوز بخلاف الصبرة لانها لو لم تدخل لم يفسد

ولو قال كل ذراع بكذا ونقص ذراع أخذ بحصته أو ترك وان زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ

العقد

وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم

العقد كما فى الفوائد الظهيرية أطلق فى المذروع فشمل الثوب والارض والخشب والدار فلو قال بعتك هذه الارض على انها ألف ذراع بألف فوجدها زائدة أو ناقصة فالبيع صحيح وله الزيادة بلا خيار وله الخيار مع النقصان وان أفرد لكل ذراع ثمنا خير فى صورة الزيادة وسقطت حصة النقصان كذا فى الذخائر قال وعلى هذا الموزونات التى فى تبعيضها ضرر بان قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب على انها مثقالان بكذا اجاز البيع فان وجدها أزيد أو أنقص فهو كالمذروعات وكذا اذا باع مصوغا من نحاس أو صفر فهو على هذا التفصيل المذكور لان الوزن فى مثله يكون ملحقا بالصفة لان تبعيضه يوجب تعيب الباقى وهذا احد الصفة ولو باع مصوغا من الفضة وزنه مائة بدنانير ولم يسم لكل عشرة ثمنا على حدة وتقابضا جاز فان وجده أزيد فالكل للمشترى وان وجده أقل خير وان سمى لكل عشرة ثمنا على حدة بان قال وكل وزن عشرة بدينار فان وجده أزيد فان علم قبل التفرق خير ان شاء زاد فى الثمن وان شاء ترك وان علم بعده بطل بقدر الزيادة وله الخيار فيما بقى لان الشركة فيه عيب وان وجده ناقصا خير قبل التفرق وبعده ان شاء رده وان شاء رضى به بقسطه من الثمن وكذا لو باع مصوغا من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل ولو باع مصوغا بجنسه مثل وزنه فوجده أزيد فان علم بها قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد فى الثمن قدرها وان شاء ترك وان علم بها بعد التفرق بطل لفقد القبض فى قدرها وان وجده أقل فله الخيار ان شاء رضى به واسترد الفضل وان شاء رد الكل سواء سمى لكل وزن درهم درهما أولا لان عند اتحاد الجنس لا بد من المساواة اه وفى دعوى البزازية ادعى زندبيجا طوله بذرعان خوارزم كذا وشهدا بذلك كذلك بحضرة الزندبيجى فذرع فاذا هو زاد أو أنقص بطلت الشهادة والدعوى كما اذا خالف سن الدابة الدعوى أو الشهادة وقولهم الذرع وصف فيلغو فى الحاضر ذلك فى الاثمان والبيع لا فى الدعوى والشهادة فانهما اذا شهدا بوصف فظهر بخلافه لم يقبل وذكر أيضا ادعى حديدا مشارا اليه وذكر انه عشرة أمناء فاذا هو عشرون أو ثمانية تقبل الدعوى والشهادة لان الوزن فى المشار اليه لغو اه (قوله وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم) وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو جائز كما لو باع عشرة أسهم من دار ومبنى الخلاف فى مؤدى التركيب فعندهما شائع كأنه باع عشرا من مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة فى تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلو اتفقوا على مؤداه لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم فى نكاح الصابئة فالشأن فى ترجيح المبنى هو يقول الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله وهو معين بخلاف عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم أطلقه فشمل ما اذا بين جملة الذرعان كان يقول من مائة ذراع أو لم يبين وبه اندفع قول الخصاف ان محل الفساد عنده فيما اذا لم يبين جملتها وليس بصحيح ولهذا صور المسئلة فى الهداية فيما اذا سمى جملتها لكن اختلف المشايخ على قولهما فيما اذا لم يسم جملتها والصحيح الجواز عندهما لانها جهالة بايديهما ازالتها وقوله لا أسهم معناه لا يفسد بيع عشرة أسهم من دار وهو مقيد بما اذا سمى جملتها الا ان عند عدمها يفسد البيع للجهالة لانه لا يعرف نسبته الى جميع الدار فلو قال وفسد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار لا أسهم لكان أولى ولفهم الفساد فى الذرعان عند عدم التسمية للكل بالاولى ولكن اختصاره أداه الى الاجحاف والحمام والارض كالدار كما فى البدائع وفى المعراج قال بعتك ذراعا من هذه الدار ان عين موضعه بان قال من هذا الجانب الا انه لا يعين بعد والعقد غير نافذ حتى لا يجبر البائع على التسليم وان لم يعين فعلى قول أبى حنيفة لا يجوز

وعلى قولهما يجوز وتذرع فان كانت عشرة أذرع صار شريكا بمقدار عشر الدار وبه قال الشافعي ولو باع سهما من دار فله تعيين موضعه وذكر الحلواني انه لا يجوز اجماعا وفي نسخة فيه اختلاف المشايخ على قولهما والاصح انه يجوز كذا في المغني اه وفي الخانية ولو اشترى عشرة أجربة من مائة جريب من هذه الارض أو عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار لا يجوز في قول أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد) لجهالة المبيع في الزيادة وجهالة الثمن في النقصان لاحتياجه الى اسقاط ثمن المعدوم والمراد من هذه المسئلة انه اشترى عددا من قيمي ثيابا أو غنما كما في الجوهرة وقدمنا انه لو اشترى أرضا على ان فيها كذا نخلا مثمرا فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد البيع وفي المغرب عدل الشئ مثله من جنسه وفي المقدار أيضا ومنه عدلا الحمل وعدله بالفتح مثله من خلاف جنسه وفي الخانية لو اشترى غنما أو عدل زطي واستثنى منه شاة أو ثوبا بغير عينه لا يجوز ولو استثنى واحدا بعينه جاز اه وفيها أحد الشريكين في الدار اذا باع بيتا معينا من الجملة لا يجوز كبيع نصف بيت معين شائعا وكذا لو باع من الاغنام المشتركة نصف واحد معين لا يجوز وكذا لو كان بينهما أرض ونخل فباع أحدهما قطعة معينة من رجل قبل القسمة ولو اختلفا في عدد الثياب المبيعة عند زيادته تحالفا كما في الظهيرية (قوله ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد) لانه اذا قال كل ثوب بكذا فلا جهالة مع النقصان ولكن للمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الاحد عشر وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما مرويان فاذا أحدهما مروى والآخر هروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروى شرطا في العقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا وفي البزازية اشترى عدلا على انه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي لانه ملكه اه وكانه استحسان والا فالبيع فاسد لجهالة المزيد وقد صرح في الخانية والقنية بان محمدا قال فيه استحسن أن يعزل ثوبا من ذلك ويستعمل البقية وفيها قبله اشترى شيأ فوجده أزيد فدفع الزيادة الى البائع فالباقي حلال له في المثليات وفي ذوات القيم لا يحل له حتى يشترى منه الباقي الا اذا كانت تلك الزيادة مما لا تجرى فيها الضنة فحينئذ يعذر اه وهو يقتضي عدم الحل عند غيبة البائع بالاولى فهو معارض للنقل الآخر في الثياب والله أعلم (قوله ومن اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار) عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يأخذه في الوجه الاول بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة وقال محمد في الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه فيجرى عليه ولابي يوسف انه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشراء وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه كذا في الهداية وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح ومن المشايخ من اختار قول محمد وهو أعدل الاقوال كما لا يخفى والكرباس بكسر الكاف فارسي معرب والجمع الكرابيس وهو الثياب ومنه سمى الامام الناصحي بالكرابيسي صاحب الفروق

ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد ومن اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار

(قوله ويستعمل الباقي لانه ملكه) قال في النهر أي بالقبض وان كان فاسدا

﴿فصل يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار﴾ (قوله لان الاصل ان ما كان في الدار من البناء الخ) قال الرملي وأما الاحجار المكومة والمدفونة المودعة في الارض بغير بناء لا تدخل كالامتعة المدفونة بها وقد كتبنا في حاشية شرح تنوير الابصار في هذه المسئلة ما يبهج الابصار (قوله لا ينتفع بها بدونه) أخذه من قول الهداية في دخول المفتاح تبعا للغلق لانه لا ينتفع به الا به (قوله لان ملك رقبتها) أى رقبة الدار وقوله ولهذا دخل أى الطريق وحاصله ان رقبة الدار قد يقصد تملكها لغير الانتفاع بعينها فلهذا لم يدخل الطريق بخلاف الاجارة فان المقصود منها

﴿فصل﴾ يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار

المنفعة فيدخل الطريق تبعا ولكن لا يخفى ان هذا الجواب غير ظاهر في دفع الايراد فانه يلزم منه ان السلم لا يدخل في البيع وان كان لا ينتفع بالبيت الا به تامل (قوله وأراد بالمفاتيح الاغلاق الخ) قال في الفتح المراد بالغلاق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بمصر درابزين الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول فلا معول عليه (قوله يدخل كور الحداد) سيذكر في آخر المقولة الآتية تفسير الكور بانه المبني من الطين (قوله وفي رواية هشام لا يدخل شيء من ذلك) قال في المجتبى ولو باعها بكل قليل وكثير هو لها وفيها ومنها وفيها خشب موضوع أو لبن أو آجر أو أمتعة فانها لا تدخل عند علمائنا الثلاثة اه قلت ووجهه

﴿فصل يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار﴾ لان الاصل ان ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبعا لها فهو داخل في بيعها فيدخل السلم المتصل والسرير والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحا وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة في الدار لا المنقولة وفي الخانية لو اشترى بيت الرحا بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير هو فيه ذكر محمد في الشروط ان له الاعلى والاسفل وكذا لو كان فيه قدر النحاس موصولا بالارض وقيل الاعلى لا يدخل وفي الظهيرية اذا كان المبيع دارا فرحا الابل للبائع وان كان ضيعة كان الرحا للمشتري لان ذلك يعد من توابع الضيعة اه وذكر قبله ان رحى الابل والآتها للبائع ولو ذكر الحقوق وأما رحى الماء فللمشتري اذا باعها بحقوقها وتدخل البئر الكائنة في الدار وبكرتها التي عليها الا الدلو والحبل الا اذا قال بمرافقها وأما البكرة فداخلة مطلقا لانها مركبة بالبئر ولو باع نصف داره لم يلزمه من شريكه أو من غيره يدخل نصف الباب كذا في القنية ويدخل الباب المركب لا الموضوع فلو اختلفا في باب الدار وادعاه كل منهما فان كان مركبا متصلا بالبناء فالقول للمشتري سواء كانت الدار في يده أو في يد البائع فان كان مقلوعا فان كانت في يد البائع فالقول له والا فللمشتري لانه كالمتاع الموضوع فيها فالقول فيه لذي اليد كذا في الخانية بخلاف البكرة في الحمام لانفصالها كذا في المحيط ويدخل ما فيها من البستان ولو كبيرا الا الخارج عنها ولو كان له باب وتدخل الارض التي تحت الحائط فيما اذا اشتراها كالاساس وتدخل القدور في بيع الحمام دون القصاع وان ذكر المرافق بخلاف قدور الصباغ والقصار واجانة الغسال وخابية الزيات وحباب الهم ودنانهم ولو كانت مدفونة كالصندوق المثبت في البناء وجذع القصار الذي يدق عليه لا يدخل في بيع الارض وان قال بحقوقها كالسلم المنفصل في عرفهم وفي عرف القاهرة ينبغي دخوله مطلقا الان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه ولا يرد عدم دخول الطريق مع انه لا يمكن الانتفاع الا به لان ملك رقبتها قد يقصد للاخذ بشفعة الجوار ولهذا دخل في الاجارة بلا ذكر كما سيأتي وأراد بالمفاتيح الاغلاق فانها تدخل تبعا فان المفاتيح تبع للغلق وهو لا يدخل الا اذا كان مركبا كالضبة والكيلون والا فلا كالقفل ومفتاحه كالثوب الموضوع فيها سواء ذكر الحقوق أو لا وسواء كان الباب مغلقا أو لا وسواء كان المبيع حانوتا أو بيتا أو دارا كما في الخانية وفي المحيط ومقلاة السواقيس وهي التي يقلى فيها السويق اذا كانت من حديد أو من نحاس فهي للبائع وان كانت في البناء لانها جعلت في البناء للعمل فلم تكن من جملة البناء وان كانت من خزف فللمشتري اه وفي الخانية يدخل كور الحداد في بيع حانوته وان لم يذكر المرافق وكور الصائغ لا يدخل ولو ذكر المرافق لان الاول مركب متصل والثاني منفصل ولا يدخل زق الحداد الذي ينفخ فيه اه وفيها أيضا قال الحسن بن زياد اذا باع بكل كثير وقليل هو فيها ولم يقل منها يدخل العبيد والجواري في البيع وما كان فيها من الحيوانات ولا يدخل فيه الاحرار وقال زفر يدخل فيه الاحرار أيضا ويفسد البيع ولو قال منها لا يدخل وفي رواية هشام لا يدخل شيء من ذلك اه وفي القنية لو اشترى دارا فذهب

بناؤها لم يسقط شئ من الثمن وان استحق أخذ الدار بالحصة ومنهم من سوى بينهما بخلاف صوف الشاة فانه لا يأخذ قسطا من الثمن الا بالتسمية له أو للبناء أو للشجر ثمنا (قوله ويدخل البناء والشجر في بيع الارض بلا ذكر) لكونه متصلا بها للقرار فيدخل تبعا أطلقه فشمل الشجرة المثمرة وغير المثمرة والصغيرة والكبيرة الا اليابسة فانها على شرف القطع فهي كالحطب الموضوع كذا في فتح القدير وقيدنا بكونها متصلة للقرار لانه لو كانت فيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع فانها ان كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بالشرط كذا في الخانية وفي الظهيرية باع أرضا فيها قطن لم يدخل كالثمر وأما أصله فقد قالوا لا يدخل وهو الصحيح ومنهم من قال يدخل وشجرة الباذنجان لا تدخل في بيع الارض فهي للبائع الا بالشرط كذا في الخانية من غير ذكره كذا ذكر الحاكم السمرقندي والكراث بمنزلة الرطبة وذكر الخصاف في الحطب والقصب والطرفاء وأنواع الخشب انها للبائع اه وفيها اذا اشترى شجرة للقلع فانه يؤمر بقلعها بعروقها وليس له حفر الارض الى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة الا ان شرط للبائع القطع على وجه الارض أو يكون في القلع من الاصل مضرة على البائع كما اذا كانت بقرب حائط أو بئر فانه يقطعها على وجه الارض فان قطعها أو قلعها فنبتت مكانها أخرى فالنابت للبائع الا اذا قطع من أعلاها فهو للمشترى كذا في السراج الوهاج ولو اشترى نخلة ولم يبين انه اشتراها للقطع أو للقرار قال أبو يوسف لا يملك أرضها وادخل محمد ما تحتها وهو المختار وان اشتراها للقطع لا تدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار تدخل اتفاقا كذا في شرح المجمع وفي الظهيرية وفي الاقرار تدخل ويجوز شراء الشجرة بشرط القطع فأما شراؤها بشرط القلع ففيه اختلاف والصحيح الجواز واذا باع نصيبا له من شجرة بغير اذن الشريك بغير أرض فان كانت الاشجار قد بلغت أوان قطعها فالبيع جائز والا لم يجز ولو اشترى أرضا فيها نخيل على ان لاحدهما الارض وللآخر النخيل فلصاحب الشجر ان يقلعه فان كان في قلعه ضرر فهو بينهما اه ولو اشترى نخلة في أرض انسان ولها طريق فلم يبينه فالشراء جائز و يأخذ الى النخلة طريقا من أي النواحي شاء لانه لا يتفاوت حتى لو كان متفاوتا بطل البيع ويدخل العذار في بيع الفرس والزمام في بيع البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والبرذعة والاكاف لا يدخلان من غير شرط سواء كان موكفا أولا وهو الظاهر كما في الخانية وفي الظهيرية باع حمارا موكفا يدخل الاكاف والبرذعة في البيع وان كان غير موكف فكذلك وهو المختار لكن اذا دخل فاي برذعة وأي اكاف يدخل فالجواب فيه كالجواب في ثياب الجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار من غير ذكر لان الفرس والبعير لا ينقادان الا به بخلاف الحمار والسرج لا يدخل الا بالتنصيص لعدم العرف حتى لو جرى العرف بدخوله دخل أو كان الثمن كثيرا كما في الظهيرية وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجل للبقرة والحمل للشاة ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا وفرق في الظهيرية فقال ان العجل يدخل والجحش لا يدخل لان البقرة لا ينتفع بها الا بالعجل ولا كذلك الاتان اه وفي القنية يدخل الولد الرضيع في الكل دون الفطيم ولو باع عبدا له مال ان لم يذكره في البيع فهو للبائع لانه كسب عبده وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سماه وهو دين على الناس

ان ذلك وان كان قيما لكنه ليس منها (قوله بخلاف صوف الشاة الا بأخذ قسطا من الثمن الا بالتسمية له أو للبناء أو للشجر) قال الرملي أو طرأ عليه القبض وظهر ما اشتراه ناقصا كاستحقاق البعض في وجوهه كذا في الحاوي لصاحب القنية وعبارته في الحاوي الا اذا سمى له أو للبناء الخ (قوله وأدخل محمد ما تحتها وهو المختار) قال في الخانية كما لو أقر لانسان بشجرة يدخل في الاقرار ما تحتها من الارض وكذا في القسمة واذا دخل ما تحتها من الارض في البيع يدخل مقدار غلظ الشجرة وقت البيع ووقت الاقرار ووقت القسمة حتى لو ازداد غلظها بعد ذلك كان لصاحب الارض أن يأمره بنحت الزيادة ولا يدخل من الارض ما تناهى اليه العروق والاغصان اه (قوله ويجوز شراء الشجرة بشرط القطع) قيل هذا اذا بين موضع القطع فان لم يبين لم يجز وفي ظاهر الجواب يجوز وان لم يبين واذا جاز كان له أن يقلعها من الاصل عند البعض وعند بعضهم يقطعها من وجه الارض ولا يقلع وان اشتراها مطلقا فهو بمنزلة ما لو اشتراها بشرط القطع كان له أن يقلعها بأصلها كذا في الخانية (قوله ان ذهب به مع الام الخ) قال الرملي هذا صريح في ان الام لو

ويدخل البناء والشجر في بيع الارض بلا ذكر

الناس أو بعضه وان كان عينا جاز ان لم يكن من الاثمان وان كان الثمن من جنس مال العبد بان كان الثمن دراهم ومال العبد دراهم فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه بيع العبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير أو على العكس جاز اذا تقابضا فى المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد فى مال العبد ولو اشترى سمكة فوجد فى بطنها لؤلؤة فان كانت فى الصدف فهى للمشترى والا فان كان البائع اصطاد السمكة يردها المشترى على البائع وتكون عند البائع بمنزلة اللقطة يعرفها حولا ثم يتصدق بها وان اشترى دجاجة فوجد فى بطنها لؤلؤة يردها على البائع وان اشترى سمكة فوجد فى بطنها سمكة فهى للمشترى كذا فى الخانية ولو اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لى كان له فيرده عليه لانها وصلت الى المشترى منه وان قال ليس لى كان كاللقطة كذا فى الظهيرية وقيد فى البزازية كونه للبائع بحلفه ولو باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة ما يوارى عورته فان بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون لها قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشئ ولا يرد عليه الثوب ولو هلكت الثياب عند المشترى أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن وذكر الشارح انه لو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون تلك الثياب اه أى اذا هلكت وأما مع قيامها فلا بد من ردها وان كانت تبعا والا لزم حصولها للمشترى من غير مقابل وهو لا يجوز وفى الظهيرية باع جارية وعليها قلب فضة وقرطان ولم يشترطا ذلك والبائع ساكت قال لا يدخل شئ من الحلى فى البيع وان سلم البائع الحلى لها فهو لها وان سكت عن طلبها وهو يراها فهو بمنزلة التسليم اه وفى الكافى رجل له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعهما رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان فان هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل كالوصف والثمن بمقابلة الاصل لا الوصف ولذا لا يسقط شئ من الثمن اه وبه علم ان كل ما دخل تبعا لم يقابله شئ كما فى ثياب العبد ثم اعلم أن مسئلة الكافى مقيدة بما اذا لم يفصل ثمن كل أما اذا فصل بان عين البائع ثمن الارض على حدة وثمن النخل على حدة سقط قسط النخل بهلاكها لما صرح به فى تلخيص الجامع فى باب الثمن صار له وكان لهما وقال فى آخره لهذا لو باع حاملا حملها للغير فولدت فالثمن لهما ان عاش الولد ولرب الام ان مات قبل القبض اه وفى العمدة اشترى أرضا وفيها بقول أو حطب أو رياحين فهى للبائع الا أن يشترط والشجر يدخل فى بيع الارض بلا ذكر وكذا كل ما له ساق والآس والزعفران للبائع لانه بمنزلة الثمر وانه يقطع اه

كانت غائبة هى وولدها وباعها ساكتا عنه لا يدخل لفقد الشرط المذكور وهى واقعة الفتوى فتامل (قوله لا يرجع على البائع بشئ) يعنى من الثمن وأما رجوعه بكسوة مثلها فثابت له كما يعلم من كلامهم شيخنا قاله أبو السعود فى حاشية مسكين (قوله أى اذا هلكت الخ) قال الرملى أو استهلكت كما اذا تقايلا البيع وكانت مستهلكة تامل (قوله وبه علم ان كل ما دخل تبعا الخ) فرع فى النهر على الاصل المذكور أعنى ما دخل تبعا لا يقابله شئ من الثمن وان استحق أخذ الدار بالحصة الخ قال شيخنا فيكون الاستحقاق بمنزلة الاتلاف اه فمفاده ان التبع بالاتلاف يكون له حصة من الثمن حتى لو رد الامة المبيعة بحكم خيار العيب بعد اتلاف ثيابها يسقط عن البائع ما قابل الثياب من الثمن فان قلت أخذه الدار بالحصة فيما اذا استحق البناء يشكل بما سبق عن الزيلعى من عدم رجوع المشترى على البائع بشئ اذا استحقت ثياب الامة قلت المسئلة مختلف فيها فمنهم من فرق بين الاستحقاق والهلاك ومنهم من سوى بينهما كما فى القنية واستظهره فى النهر فكلام الزيلعى يتمشى على القول بالتسوية (تتمة) استفيد من كلامهم انه اذا كان لباب الدار المبيعة كالون من فضة لا يشترط أن ينقد من الثمن ما يقابله قبل الافتراق لدخوله فى البيع تبعا ولا يشكل بما سيأتى فى الصرف من مسئلة الامة مع الطوق والسيف المحلى لان دخول الطوق والحلية فى البيع لم يكن على وجه التبعية اما بالنسبة للطوق فلكونه غير متصل بالامة وكذا الحلية وان اتصلت بالسيف لان السيف اسم للحلية أيضا كما فى الدرر من الصرف فكانت الحلية من مسمى السيف اذا علم هذا ظهر انه فى بيع الشاش ونحوه اذا كان به علم لا يشترط نقد ما قابل العلم من الثمن قبل الافتراق خلافا لمن توهم ذلك من بعض أهل العصر لان العلم لم يكن من مسمى المبيع فكان دخوله فى البيع على وجه التبعية فلا

بقابله حصة من الثمن كذا فى حاشية السيد أبى السعود (قوله والوصية بها كالبيع) قال الرملى يعنى فلا يدخل الطريق فيها ويجب الحاق الهبة بالوصية ولا تقاس بالصدقة لان المقصود بها منفعة الفقير فتأمل (قوله مبالغة فى حق البائع الخ) هنا سقط وتحريف وعبارة المجتبى مبالغة فى اسقاط حق البائع عن المبيع وعما هو متصل به (قوله وقولهم أومنها تفسير لقولهم فيها) الظاهر انه مبنى على رواية هشام لاعلى ماقاله الحسن بن زياد اذ عنده بينهما فرق كما مر فى آخر القولة السابقة وانظر ما كتبناه عن المجتبى هناك (قوله تدخل الوثائل الخ) قال الرملى الوثائل جمع وثل محركة وهو الحبل من الليف كما فى القاموس (قوله وكذا عمد الزراجين المدفونة أصولها فى الارض) قال الرملى المراد بالزراجين الكرم هنا قال فى مختار اللغة الزرجون بالتحريك الخمر وقيل الكرم فارسية معربة وأراد بالاعمدة ما يحمل عليها أغصان الكرم زمن الصيف وتقييده بالمدفونة يفيد ان الموضوعة على الارض لاتدخل بمنزلة الحطب الموضوع فى الكرم وصارت المسئلة واقعة الفتوى وينبغى بناء على مافى القنية ان يفتى بدخولها فى البيع ان كانت مدفونة والا فلا كذا رأيت بخط شيخ الاسلام الشيخ محمد الغزى رحمة الله تعالى عليه (قوله لايدخل فى البيع اذا كانت مجموعة شبه التل) فى بعض النسخ الا اذا كانت بزيادة الا والذى رأيته فى القاموس القنية بدونها (قوله فلا يدخل فى البيع بلا ذكر المرافق) كذا فى عامة النسخ وفى نسخة بذكر بدون لا وهو الذى فى القنية (قوله وفى البدائع الطريق الاعظم الخ) ذكر مثله فى المجتبى وقال وكذا حق تسييل الماء وحق القاء الثلج فى ملك خاص لايدخل الا نصا أو بذكر الحقوق أو المرافق ولو لم يذكر الحقوق والمرافق لم يدخل الطريق وللمشترى أن يرد اذا قال ظننت ان له منفذا الى الطريق

وسيأتى فى باب الحقوق دخول العلو فى الدار والمنزل والبيت وعدمه وفى الظهيرية لو باع سفل داره على ان له حق قرار العلو عليه جاز وأما الطريق فلا يدخل بلا ذكر وان قال بحقوقها ومرافقها أو قال بكل قليل وكثير له فيها أو خارج عنها كان له الطريق والاقرار بالدار والصلح عليها والوصية بها كالبيع كذا فى الظهيرية والقسمة والرهن والوقف والصدقة كالاجارة كذا فى المحيط وفى المجتبى والحق فى العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجله كالشرب والطريق ومسيل الماء والمرافق ما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب والمسيل وقوله كل قليل وكثير مبالغة فى حق البائع فى المبيع وبما هو متصل به اه وظاهر ما فى المجتبى ان ذكر الحقوق أو المرافق كاف ولا يحتاج الى الجمع بينهما لادخال الطريق والشرب وقولهم أومنها تفسير لقولهم فيها كذا فى المحيط واحدهما يغنى عن الآخر أيضا وفى الخانية اشترى أرضا بشربها جاز البيع وان لم يبين مقدار الشرب لان الشرب تبع الارض فاذا كانت الارض معلومة فجهالة التبع لاتمنع الجواز اه وفى القنية اشترى كرما تدخل الوثائل المشدودة على الاوتاد المضروبة فى الارض وكذا عمد الزراجين المدفونة فى الارض أصولها من غير ذكر ولو باع أرضا فيها تراب منقول من أرض أخرى لايدخل فى البيع اذا كانت مجموعة شبه التل ولو باع أرضا فيها مقابر صح البيع فيما وراء المقابر أشار الى انه لاتدخل أرض القبر فى البيع ومطرح الحصائد ليس من مرافق الارض فلا يدخل فى البيع بلا ذكر المرافق اه وفى المجتبى قال أبو حنيفة باع دارا بفنائها لم يصح لكن جمع بين حر وعبد وفى بيعها بحقوقها تدخل الحقوق وقت البيع لا ما قبله وفى البدائع الطريق الاعظم أو فى سكة غير نافذة يدخل فى البيع بلا تنصيص ولا قرينة وانما الكلام فى الطريق الخاص فى ملك انسان فاذا كان يلى الطريق الاعظم فتح له بابا اليه والا استأجر الطريق أو استعاره وفى البزازية اشترى أشجار القطع فلم يقطع حتى جاء الصيف ان أضر القطع بالارض وأصول الشجر يعطى البائع للمشترى قيمة شجر قائم جبرا وقال الصدر قيمة مقطوع وان لم يضر بواحد قطع وان اشترى الشجر مطلقا له القطع من الاصل ادعى البائع على المشترى كسر أغصان الاشجار وقال المشترى ما تعمدت ولكنه ما كان بد منه يرجع فيه الى أهل العلم به ان قالوا انه مما يمكن التحرز عنه ضمن النقصان وان قالوا مما لايمكن لم يضمن شيأ وتدخل الاقتاب فى بيع الجمال ولو وجد فى بطن السمكة سمكة أخرى كانت للمشترى وكذا العنبر الموجود فى بطنها لانه حشيش فى البحر هو طعامها وكذا كل ما كان غذاء للسمك وفى الصحاح مرافق الدار مصاب الماء ونحوها والمرفق من الامر ما ارتفقت وانتفعت به اه وفى المصباح وأما مرفق الدار كالمطبخ والكنيف ونحوه فبكسر الميم وفتح الفاء لاغير على التشبيه باسم الآلة وجمعه مرافق اه والكور للحداد المبنى من الطين معرب وفى

(قوله فشمل ما اذا نبت أولا) أى أولم ينبت قال فى النهر لانه حينئذ يمكن أخذه بالغربال (قوله واختاره فى الهداية) أى اختار عدم الدخول فيما اذا لم ينبت وعبارته اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت ٣٢١ لم يدخل فيه لانه مودوع فيها كالمتاع

القاموس اكاف الحمار ككتاب وغراب ووكافه برذعته والاكاف صانعه وأكف الحمار ايكافا ووكفه توكيفا شده عليه وأكف الاكاف تأكيفا اتخذه اه فهو صريح فى ان الاكاف البرذعة وبه ظاهر قول الفقهاء انها غيره للعطف ولكن قال فى القاموس فى باب العين البرذعة الحلس تحت الرحل و بلالام وقد تنقط داله اه فعلى هذا الاكاف الرحل والبرذعة ماتحته ولكن فى العرف الاكاف خشبتان فوق البرذعة وقوله بلاذكر متعلق بالمسئلتين وفى الخانية رجل أمر غيره ببيع أرض فيها أشجار فباع الوكيل الارض باشجارها فقال الموكل ما أمرته ببيع الاشجار قال الفضلى القول للوكل فيما أمر والمشترى يأخذ الارض بحصتها من الثمن ان شاء وكذا لو كان مكان الاشجار بناء اه وفيه الشترى كرما فيها أشجار الفرصاد وشجر الورد وعلى شجر الفرصاد توت وأوراق وعلى شجر الورد ورد قال بكل حق هو له لا يدخل التوت وأوراق الفرصاد فى البيع وكذا الورد لانه بمنزلة الثمر اه (قوله ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية) لانه متصل بالارض للفصل فشابه المتاع الذى هو فيها ولا يرد حمل المبيع لان المراد فصل الآدمى والحمل بفصل الله تعالى ولانه كالجزء للجمانية بخلاف الزرع أطلقه فشمل ما اذا نبت أولا واختاره فى الهداية لانه مودع فيها وشمل ما اذا نبت ولم يصر له قيمة وفيه قولان من غير ترجيح فى الهداية وصرح فى التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والاسبيجابى وفصل فى الذخيرة فى غير النابت بين ما اذا لم يعفن أولا فان عفن فهو للمشترى لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الارض وفى المصباح عفن الشئ عفنا من باب تعب فسد من ندوة أصابته فهو يتمزق عند مسه وعفن اللحم تغيرت رائحته اه وفى الخانية وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما اه وفى فتح القدير كان المناسب أن يقول تقوم الارض بلا زرع و به فان زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول لداعفن البذر يدخل و يكون للمشترى معللا بانه لا يجوز بيعه وحده لانه ليس له قيمة قال فى الهداية وكان هذا بناء على جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل اه يعنى من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه وعدمه وان القول بعدم جواز بيعه و بعدم دخوله فى البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد لرجاء حياته فينتفع به فى ثانى الحال اه ومشفر البعير شفته والجمع المشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع المناجل كما فى النهاية وفى المصباح الشفة لا تسكون الا من الانسان والمشفر من ذوى الخف والجحفلة من ذى الحافر والمقمة من ذى الظلف والخطم والخرطوم من السباع والمنسر بفتح الميم وكسرها والسين مفتوحة فيهما من ذوى الجناح الصائد والمنقار من غير الصائد والفنطسة من الخنزير اه وصحح فى السراج الوهاج عدم الدخول فى البيع الا بالتسمية وصحح جواز البيع وهو من باب التلفيق لما قدمناه ان القائل بعدم الدخول قائل بعدم الجواز وعكسه فيهما وصحح فى المحيط دخول الزرع قبل النبات لانه صار تبعا للارض فالحاصل

(قوله وفصل فى الذخيرة الخ) تقييد لما اختاره فى الهداية ونقل فى الفتح مثل ما فى الذخيرة عن فتاوى الفضلى وقال واختار الفقيه أبو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف يعنى صاحب الهداية (قوله قال فى الهداية وكان هذا الخ) يعنى الاختلاف فى دخول الزرع الذى ليست له قيمة كما فى فتح القدير

ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية

وقوله قبل أن تناوله المشافر والمناجل أى لا يمكن أخذه بها لقصره تأمل وسيأتى تفسير المشفر والمنجل قريبا (قوله يعنى من قال الخ) من كلام صاحب الفتح (قوله والاوجه جواز بيعه) مقتضى هذا انه اختار عدم الدخول خلاف ما استصوبه صاحب الهداية (قوله وصحح فى السراج الخ) قال فى النهر وفى السراج لو باعه بعد ما نبت ولم تنله المشافر والمناجل ففيه روايتان

 والصحيح انه لا يدخل الا بالتسمية ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أولا الصحيح الجواز (قوله لما قدمنا ان القائل بعدم الدخول قائل بعدم الجواز الخ) الذى قدمه خلاف هذا وهو ان من قال بعدم الدخول قال بجواز بيعه و بالعكس فليس ما فى السراج من التلفيق بل هو موافق لما قدمه ثم رأيت فى النهر اعترضه بذلك حيث قال هذا سهو ظاهر بل القائل بعدم

ان الصحيح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة الا اذا كان قبل النبات والصواب دخول ما لا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له وعلى هذا الخلاف الثمر الذي لا قيمة له وقيل يحكم الثمن في الكل فان كان مثل الارض والزرع والثمر يدخل تبعا والا فلا كذا في المجتبى قيد بالبيع لانه يدخل في رهن الارض بلا ذكر كالشجر والثمر لانه لا يصح بدونه فيدخل في رهن الارض تبعا كذا في رهن الخانية واما في الوقف فقال في الاسعاف يدخل البناء والشجر في وقف الارض تبعا ولا يدخل الزرع النابت فيها حنطة كان أو شعيرا أو غيره وكذلك البقل والآس والرياحين والخلاف والطرفاء وما في الاجمة من حطب ولو زاد بحقوقها تدخل الثمرة القائمة في الوقف الخ وأما في الاقرار ففي البزازية أقر بارض عليها زرع أو شجر دخل في الاقرار ولو برهن قبل القضاء أو بعده ان الزرع له صدق المقر في الزرع ولا يصدق في الشجر اه‍ وأما في الهبة ففي الخانية لا يدخل الحلي والثياب في هبة الجارية وأما في الاقالة فلا يدخل الزرع في اقالة الارض كذا في القنية ولا يدخل الغلق والسرر والسلالم المغرزة لانها بمنزلة المتاع الا اذا قال بمرافقه قالوا تدخل والزرع يدخل فيها وفي الخانية أرض فيها زرع فباع الارض بدون الزرع أو الزرع بدون الارض جاز وكذا لو باع نصف الارض بدون الزرع وان باع نصف الزرع بدون الارض لا يجوز الا أن يكون الزرع بينه وبين الاكار فيبيع الاكار نصيبه من صاحب الارض جاز وان باع صاحب الارض نصيبه من الاكار لا يجوز هذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض فان كان من قبل الاكار ينبغي ان يجوز ولو باع نصف الارض مع نصف الزرع جاز اه‍ وفي الخانية باع أرضا فيها رطبة أو زعفران أو خلاف يقلع في كل ثلاث سنين أو رياحين أو بقول ولم يذكر في البيع ما فيها قال الفضلي ما علا منها على وجه الارض يكون بمنزلة الثمر لا يدخل في البيع من غير شرط وما كان من أصولها في الارض يدخل في البيع لان أصولها تكون للبقاء بمنزلة البناء وكذا لو كان فيها قصب أو حشيش أو حطب نابت ما هو على وجه الارض لا يدخل في البيع من غير ذكر وأصولها في الارض تدخل واختلفوا في قوائم الخلاف قال بعضهم تدخل لانها شجر والمختار انها لا تدخل لانها تعد من الثمر وان كان في الارض شجر قطن فبيعت الارض لا يدخل ما فيها من القطن واختلفوا في أصل القطن وهو الشجر والصحيح أنه لا يدخل وان كان في الارض كراث فبيعت الارض مطلقا ما كان على ظاهر الارض لا يدخل واختلفوا فيما كان مغيبا والصحيح الدخول (قوله ولا يدخل الثمر في بيع الشجر الا بشرط) أي ولا يدخل الا بشرط دخوله في البيع مطلقا سواء بيع الشجر مع الارض أو وحده كان له قيمة أولا وقدمنا الاختلاف والراجح من القولين في دخول الزرع والثمر وصحح في الهداية هنا اطلاق عدم الدخول ويكون للبائع في الحالين لان بيعه يجوز في أصح الروايتين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر بيع الشجر مع الارض أو وحده فان قلت الكتاب مبني على الاختصار وكان يمكنه أن يقول ولا يدخل الزرع والثمر في البيع بلا شرط فلم افرد كل واحد قلت لاختلاف المبيع فالمبيع في الاولى الارض فلا يدخل الزرع تبعا وفي الثانية النخل والشجر فلا يدخل الثمر تبعا والثمرة تجمع على ثمار وتجمع على ثمر وثمرات والثمر هو الحمل الذي تخرجه الشجرة أكل أو لم يؤكل فيقال ثمر الاراك وثمر العوسج وثمر العنب وقيل لما لا نفع فيه ليس له ثمرة كذا في المصباح واطلق الشجر فشمل المؤبرة وغير المؤبرة وعند الائمة الثلاثة ان لم تكن أبرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر اناث النخل لحديث الكتب الستة مرفوعا من

الدخول قائل بالجواز كما قد علمت لانه حينئذ لم يجعله تابعا ومن قال بالدخول جعله تابعا (قوله فالحاصل ان الصحيح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة) شامل لاربع صور ما اذا كان قبل النبات أو بعده وما اذا كان له قيمة فيهما أولا ثم أخرج بقوله الا اذا كان الخ ما اذا كان قبل النبات ولا قيمة له بان عفن ففي هذه الصورة الصواب دخوله في البيع وفيما عداها

ولا يدخل الثمر في بيع الشجر الا بشرط

وهو ما اذا كان قبل النبات وله قيمة أو بعده وله قيمة أولا الصحيح عدم الدخول هذا هو المفهوم من كلامه وفيه نظر لان الذي قدمه ان الذي نبت وله قيمة فالصحيح عدم دخوله كما هو ظاهر اطلاق المتن والهداية والذي نبت ولم تصر له قيمة فالصواب انه يدخل وأما ما لم ينبت فظاهر الهداية ترجيح عدم دخوله مطلقا وهو اختيار أبي الليث كما قدمناه عن الفتح وظاهر الذخيرة يقتضي ترجيح الدخول اذا لم يصر له قيمة فقد ظهر ان قوله الا اذا كان قبل

باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع وفى لفظ البخارى من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للذى باعها الا ان يشترطها المبتاع واستدل الامام محمد بن الحسن على الاطلاق بالحديث من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبرة وغيرها وأجابوا عن الاول بأن حاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجيته وما قيل ان فى مرويهم تخصيص الشئ بالذكر فلا يدل على نفى الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا فيكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم وفى فتح القدير ولو صح حديث محمد فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه فى حادثة واحدة فى حكم واحد والذى يلزمهم من الوجه القياس على المفهوم اذا تعارضا وحينئذ فيجب حمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤبرونه عنه وكانت الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعنى مثمرا وما نقل عن ابن أبى ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشترى بعيد اذ يضاد الاحاديث المشهورة اه فظاهره ان عنده ترددا فى صحة دليل محمد وقد أخذه من قول الزيلعى المخرج لاحاديث الهداية أنه غريب بهذا اللفظ والمنقول فى الاصول حتى فى تحرير المعترض ان المجتهد اذا استدل بحديث كان تصحيحا فلا يحتاج الى شئ بعده ومحمد رحمه الله تعالى اما مجتهد أو ناقل أدلة الامام الاعظم فاستدلاله تصحيح وقوله وعلى أصول المذهب يجب قلنا ضعيف وان كان مذكورا فى بعض كتب الاصول لما فى النهاية من كفارة الظهار ان الاصح أنه لا يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا لا فى حادثة ولا فى حادثتين حتى جوز أبو حنيفة التيمم بجميع أجزاء الارض عملا بقوله عليه السلام جعلت لى الارض مسجدا وطهورا ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو قوله عليه السلام التراب طهور المسلم الى آخر ما فيها فان قلت ذكر فى الزرع الابار التسمية وذكر فى الثمر الابار الشرط فهل للمغايرة نكتة قلت لا فرق بينهما من جهة الحكم وانما غاير بينهما ليفيد انه لا فرق بين أن يسمى الزرع والثمر بان يقول بعتك الارض وزرعها أو مع زرعها أو بزرعها أو الشجر وثمره أو معه أو به أو يخرجه مخرج الشرط فيقول بعتك الارض على أن يكون زرعها لك وبعتك الشجر على أن يكون الثمر لك ولم يذكر المصنف مسئلة الحقوق والمرافق وكل قليل وكثير هو فيها أو منها وقد ذكرها فى الهداية وفى المعراج وحاصل ذلك ان الالفاظ ثلاثة أحدها ان باع أرضا مطلقا من غير ذكر شئ منها والثانى ان باع أرضا بكل قليل وكثير مع ذكر الحقوق والمرافق ففى هذين الوجهين لا يدخل الزرع والثمر والثالث ان باع أرضا بكل كثير وقليل منها أو فيها بدون ذكر الحقوق والمرافق فيدخلان فيه اه وقدمنا حكم الطريق والمسيل والشرب من انهما يدخلان فى بيع الارض ان ذكر المرافق والحقوق مقتصرا وان زاد بكل قليل وكثير لم يدخلا فيهما على عكس الزرع والثمار وفى المعراج وقوله بكل كثير وقليل يذكر على وجه المبالغة فى اسقاط حق البائع عن المبيع أما الثمر المجدود والزرع المحصود فيها فلا يدخلان الا بالتنصيص وفى الخانية ولو اشترى أرضا فيها أشجار عليها ثمار وقال فى البيع بثمارها فأكل البائع الثمار سقطت حصة الثمار من الثمن وهل يخير المشترى فى أخذ الباقى ذكر فى البيوع أنه يخير ان شاء أخذ الباقى بما بقى من الثمن وان شاء ترك وذكر فى بعض الكتب أنه لا يخير فى قول أبى حنيفة كما لو اشترى شاة بعشرة فولدت عند البائع ولدا قيمته خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والصحيح أنه يخير فى مسئلة الثمار لان الثمر صار مبيعا مقصودا فاذا أكل البائع تفرقت الصفقة عليه فيخير اه وفى القنية اشترى أرضا مع الزرع فادرك الزرع فى يده ثم تقايلا

النبات صوابه بعد النبات وقوله فاختلف الترجيح صوابه ابدال الفاء بالواو وتقييده بما قبل النبات فتأمل (قوله والذى يلزمهم من القياس على المفهوم) هنا سقط وعبارة الفتح والذى يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور فى الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا (قوله ولم يحمل هذا المطلق على المقيد) أقول فيه نظر لان المقيد هنا لا ينفى الحكم عما عداه لان التراب لقب ولا مفهوم له فليس مما يجب فيه الحمل فليس فيه دلالة على انه لا يحمل فى حادثة عندنا والحمل فيها مع اتحاد الحكم مشهور عندنا مصرح به فى المنار والتوضيح والتلويح وغيرها (قوله وقدمنا حكم الطريق والمسيل والشرب الخ) الذى قدمه فى شرح قوله ويدخل البناء والشجر فى بيع الارض ليس كما ذكره هنا فراجعه (قوله أما الثمر المجدود) يعنى ما مر من التفصيل

لا تجوز الاقالة لان العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة ولو حصد المشترى الزرع ثم تقايلا صحت الاقالة بحصتها من الثمن ولو اشترى أرضا فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الاقالة بجميع الثمن ولا شئ للبائع من قيمة الاشجار وتسلم الاشجار الى المشترى هذا اذا علم البائع بقطع الاشجار واذا لم يعلم به وقت الاقالة يخير ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك اهـ (قوله ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) أى فى الصورتين والمراد بالمبيع الارض والشجر وقيده فى الخانية بان ينقد الثمن اليه لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيها متاع قيد بالمبيع لان المدة اذا انقضت فى الاجارة وفى الارض زرع فان المستأجر لا يؤمر بقلع زرعه وانما يبقى باجر المثل الى انتهائه لان لانتهائه للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه ملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع ولان التسليم وان وجب عليه فارغة لكن تسليم العوض تسليم للعوض فافترقا فلا يقاس البيع على الاجارة كما هو مذهب الثلاثة وفى الاختيار ولو باع قطنا فى فراش فعلى البائع فتقه لان عليه تسليمه أما جذاذ الثمرة وقطع الرطبة وقلع الجزر والبصل وأمثاله على المشترى لا البائع لانه يعمل فى ملكه وللعرف اهـ وفى القنية اشترى ثمار الكرم والاشجار وهى عليها يتم تسليمها بالتخلية وان كانت متصلة بملك البائع كالمشاع بخلاف الهبة ولو باع قطنا فى فراش أو حنطة فى سنبل وسلم كذلك لم يصح اذ لم يمكنه القبض الا بالفتق والدق يصح تسليم دار فيها متاع لغير المشترى وأرض فيها أشجار لغيره بحكم الشراء لا بحكم الهبة اهـ وفيها وان اشترى الزرع فى الارض فاحترق أخذها بحصتها ان شاء اهـ وفى الولوالجية رجل باع من آخر شجرا وعليه ثمر قد أدرك أو لم يدرك جاز وعلى البائع قطع الثمر من ساعته لان المشترى ملك الشجر فيجبر البائع على تسليمه فارغا وكذلك اذا أوصى بنخل لرجل وعليه تمر أجبر الورثة على قطع التمر وهو المختار من الرواية رجل باع عنبا جزافا فعلى المشترى قطعه وكذلك كل شئ باعه جزافا مثل الثوم فى الارض والجزر والبصل اذا خلى بينه وبين المشترى لان القطع لو وجب على البائع انما يجب اذا وجب عليه الكيل أو الوزن ولم يجب عليه الكيل والوزن لانه لم يبع مكايلة ولا موازنة وسيأتى تمامه آخر الباب (قوله ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لا صح) أى ظهر صلاحها وانما صح مطلقا لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به فى الحال أو فى المآل وقيل لا يجوز قبل بدو الصلاح والاول أصح وقوله ثمرة أى ظاهرة قيدنا به لان بيعها قبل الظهور لا يصح اتفاقا وقبل بدو الصلاح بشرط القطع فى المنتفع به صحيح اتفاقا وقبل بدو الصلاح بعد الظهور بشرط الترك غير صحيح اتفاقا و بعد بدو الصلاح صحيح اتفاقا و بعد ما تناهت صحيح اتفاقا اذا أطلق وأما بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتى فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا أى لا بشرط القطع ولا بشرط الترك فعند الائمة الثلاثة لا يجوز وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما اذا كان غير منتفع به الآن أكلا وعلفا للدواب فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح الجواز كما قدمناه وقد أشار اليه محمد فى كتاب الزكاة فانه قال لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه على المشترى العشر وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثرى أول ما يخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع

ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لا صح

فى الالفاظ الثلاثة فى المتصل بالارض والشجر كما فى الفتح وفيه أيضا والجدود بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى أى المقطوع غير ان المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود اهـ (قوله أى ظهر صلاحها) قال الرملى هو تفسير لقوله بدا (قوله وصحة البيع على هذا التقدير بناء الخ) قال فى النهر حاصله ان الاستدلال بتلك الاشارة لا يتم لان المدعى عام وهى فى خاص لكن قد علم من دلالة الاتفاق على جواز بيع المهر والجحش جواز بيع الثمار التى لا ينتفع بها الآن فذكر محمد الترك باذن البائع فى التصوير انما هو لوجوب العشر لا لجواز البيع

جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أومطلقا و يجب قطعه على المشتري واستدل أصحابنا بما استدل به محمد سابقا لانه بعمومه شامل لما قبل بدو الصلاح والأئمة الثلاثة كما فى الصحيحين عن أنس رضى الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قال تحمارأو تصفار وأجاب عنه الامام الحلوانى كما فى الخانية أنه محمول على ما قبل الظهور وغيره على ما اذا كان بشرط الترك فانهم تركوا ظاهره فاجازوا البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع وهى معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر وهو لاصل ان لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله أرأيت ان منع الله الثمرة فبما يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك لان العادة أن الناس يبيعون الثمار قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة كورة فصار محل النهى بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى أن يبدو الصلاح والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى واذا صار محله بيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهى فانا قد قلنا بفساد هذا البيع فبقى بيعها مطلقا غير متناول النهى بوجه من الوجوه الى آخر ما حققه فى فتح القدير وحمله فى المعراج على السلم وظهور ح عندنا أن يأمن العاهة والفساد وعند الشافعى ظهور النضج وبدو الحلاوة ولو اشتراها مطلقا ر آخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعده اشتركا للاختلاط والقول لمشترى مع يمينه فى مقداره لانه فى يده وكذا فى بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض وج بعضه اشتركا وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وهكذا عن الامام الفضلى وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع له نقله شمس الأئمة عنه لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلا فى العقد يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عاداتهم حرج وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشترى أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون على ملكه وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن و يستأجر الارض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقى الثمن وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط كذا فى فتح القدير ولا فرق فى كون الخارج بعد العقد للبائع بين أن يكون الترك باذن البائع أو بغير اذنه والاصح ما ذهب اليه السرخسى من عدم الجواز فى المعدوم وهو ظاهر المذهب كذا فى المعراج وفى الخانية و يقدم بيع الاشجار و يؤخر الاجارة فان قدم الاجارة لا يجوز لان الارض تكون مشغولة باشجار الآجر قبل البيع فلا تصح الاجارة و ينبغى أن يشترى الاشجار بعد أصولها لهذا ولو باع أشجار البطيخ وأعار الارض يجوز أيضا الا أن الاعارة لا تكون لازمة و يجوز له أن يرجع بعدها اه وفى الولوالجية لو اشترى التمر على رؤس النخل فجذه على المشترى وكذا لو اشترى الجزر فقلعه على المشترى اه وتسليم الثمار على رؤس الأشجار بالتخلية كما فى البدائع وفى

(قوله ولو أثمرت بعده اشتركا للاختلاط) قال فى النهر فان قلت قدمنا ان الترك ان كان باذن البائع يطيب له الفضل والا تصدق بالفضل فى يشتركان قلت معنى الاول ان الزيادة انما وقعت فى ذات المبيع كما مر ومعنى الثانية ان العين الزائدة لم يقع عليها بيع وانما حدثت بعده وقد خفى هذا على بعض طلبة الدرس الى ان نبهته له بذلك والله تعالى الموفق (قوله بباقى الثمن) متعلق بقوله و يستأجر (قوله وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد الخ) قال الرملى أقول قال فى جامع الفصولين أقول كتبت فى لطائف الاشارات انهم قالوا لو قال وكلتك بكذا انى كلما عزلتك فانت وكيلى صح وقيل لا فاذا صح يبطل العزل عن المعلقة قبل وجود الشرط عند أبى يوسف وجوزه محمد فيقول فى عزله رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة اه (قوله وفى الولوالجية لو اشترى التمر على رؤس النخل فجذه على المشترى) قال الرملى

الحاوى لو شرط قطع الثمرة على البائع فسد البيع اه وفى البدائع اذا سمى الثمر مع الشجر صار بيعا مقصودا فلو هلك الثمر قبل القبض مطلقا تسقط حصته من الثمن كالشجر وخير المشترى ولو جذه البائع وهو قائم فان جذه فى حينه ولم ينقص فلا خيار ويقبضهما ولو قبضهما بعد جذاذ البائع فوجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة لانه قبضهما متفرقين بخلاف ما اذا جذه المشترى بعد القبض ليس له أن يرد المعيب وحده لاجتماعهما عند البيع والقبض وان نقصه جذاذ البائع سقط عن المشترى حصة النقصان وله الخيار اه وفى الخانية رجل اشترى الثمار على رؤس الاشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية حتى لو رضى بعده يلزمه وان باع ما هو مغيب فى الارض كالجزر والبصل وأصول الزعفران والثوم والشلجم والفجل ان باع بعد ما ألقى فى الارض قبل النبات أو نبت الا أنه غير معلوم لا يجوز البيع وان باع بعد ما نبت نباتا معلوما يعلم وجوده تحت الارض يجوز البيع ويكون مشتر يا شيأ لم يره عند أبى حنيفة ثم لا يبطل خياره ما لم ير الكل ويرضى به وعلى قول صاحبيه لا يتوقف خيار الرؤية على رؤية الكل وعليه الفتوى فان كان مما يكال أو يوزن بعد القطع كالجزر والثوم والبصل فاذا قلع البائع شيأ من ذلك أو قلع المشترى باذن البائع ينظر ان كان المقلوع يدخل تحت الكيل أو الوزن يثبت خيار الرؤية حتى لو رضى به يلزمه الكل وان رد بطل البيع وان كان المشترى قلعه بغير اذن البائع فان كان المقلوع شيأ له قيمة لزمه الكل لانه قبل القلع كان ينمو وبعد القلع لا ينمو والعيب الحادث عند المشترى يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيأ يسيرا لا قيمة له لا يعتبر والقلع وعدمه سواء وان كان المغيب يباع بعد القلع عددا كالفجل قطع البائع بعضه أو قلع المشترى باذن البائع لا يلزمه ما لم ير الكل لانه من العدديات المتفاوتة بمنزلة الثياب والعبيد ونحو ذلك وان قلع المشترى بغير اذن البائع لزمه الكل الا أن يكون ذلك شيأ يسيرا وان اختصم البائع والمشترى قبل القلع فقال المشترى أخاف ان قلعته لا يصلح لى فيلزمنى وقال البائع أخاف ان قلعته لا ترضى به وترده فاضرر بذلك يتطوع انسان بالقلع والا يفسخ القاضى العقد بينهما اه وفى القنية اشترى أوراق الثوم ولم يبين موضع القطع وكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها اليس للمشترى أن يسترد الثمن اشترى أوراق التوت ولم يبين موضع القطع لكنه معلوم عرفا صح ولو ترك الاغصان فله ان يقطعها فى السنة الثانية ولو تركها مدة ثم أراد قطعها فله ذلك ان لم يضر ذلك بالشجرة ولو باع أوراق توت لم تقطع قبله بسنة يجوز وبسنتين لا يجوز لانه بسنة يعلم موضع قطعها عرفا باع أوراق التوت دون ثمر التوت صح وفى الفتاوى الظهيرية اشترى رطبة من البقول أو قثاء وشيأ ينمو ساعة فساعة لا يجوز كبيع الصوف وبيع قوائم الخلاف يجوز وان كان ينمو لان نموها من الاعلى بخلاف الرطبات الا الكراث للتعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز اه وفى المنتقى وبيع الحصرم أو التفاح قبل الادراك جائز لانه ينتفع به والخوخ والكمثرى ونحوها غير جائز وان كان ثمر بعض الاشجار مدركا دون البعض جاز فى المدرك دون غيره تبين قد أدرك بعضه دون البعض ان باع الموجود منه جاز فان لم يقبضها المشترى حتى خرج الباقى فسد البيع وينبغى أن يكون تعريفا على القول الضعيف المشترط لبدو الصلاح وفيه من سرق ماء فسقى أرضه أو كرمه يطيب له ما خرج كما لو غصب شعيرا أو تبنا وسمن به دابته فيطيب له ما زاد فى الدابة فعليه قيمة العلف اه (قوله ويقطعها المشترى تفريغا لملك البائع) وقدمنا أن أجرة القطع على المشترى وان تسليم الثمرة بالتخلية (قوله

وان

ويقطعها المشترى تفريغا لملك البائع

وفى نوازل أبى الليث سئل أبو بكر عن رجل باع العنب فى الكرم على من قطف العنب ووزنه قال اذا باع مجازفة فالقطف والجمع على المشترى واذا باع موازنة فعلى البائع القطف والوزن اه وسيذكره فى شرح قوله وأجرة الكيل الخ وقدمه قريبا قبيل هذا بيسير (قوله والشلجم) قال الرملى قال فى القاموس الشلجم كجعفر نبت معروف ولا تقل سلجم ولا ثلجم أولغة وذكر فى مادة لفت واللفت بالكسر الشلجم

وان شرط تركها على النخل فسد) أى البيع لما قدمنا أنه محمل النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو لانه صفقة فى صفقة لانه اجارة فى بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن أو اعارة فى بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وتعقبهم فى النهاية بانكم قلتم ان كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة فى صفقة وجوابه انه صفقة فاسدة فى صفقة صحيحة فتفسد تا جميعا وكذا لو شرط ترك الزرع على الارض لما قلنا أطلقه فشمل ما اذا تناهى عظمهما أولا وفى الاول خلاف محمد فانه يقول استحسن أن لا يفسد بشرط الترك للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد بمعنى فى الارض والشجر وفى الاسرار الفتوى على قول محمد وبه أخذ الطحاوى وفى المنتقى ضم اليه أبا يوسف وفى التحفة والصحيح قولهما وقيد باشتراط الترك لانه لو اشتراها مطلقا وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا أو بشرط القطع وتركها على النخل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا الان الباطل لا وجود له فكان اذنا مقصودا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وترك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة واذا فسد المتضمن فسد المتضمن فاورثت خبثا وقد ذكر أصحابنا هنا ان الشمس تنضجها باذن الله تعالى وبتقديره ويأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيه الاعمل الشمس والقمر والكواكب كذا فى المعراج وفى البخارى عن قتادة وفى المعراج معزيا الى الفصول لو أراد اجارة الاشجار والكروم فالحيلة فيه أن يكتب ان لهذا المشترى حق ترك الثمار على الاشجار فى مدة كذا بامر لازم واجب وعنى ان تكون الثمار والاشجار لآخر وله حق الترك فيها الى وقت الادراك فاذا ذكر هذا حمل على انه بحق لازم كذا فى شرح ظهير الدين المرغينانى اه وفى جامع الفصولين باع شجرا عليه ثمر وكرما فيه عنب لا يدخل الثمر فلو استأجر الشجر من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار الى الادراك فلو أبى المشترى يخير البائع ان شاء أبطل البيع أو قطع الثمر ولو باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع باجر مثلها الى الادراك اه وفيه أيضا شرى قصيلا فلم يقبضه حتى صار حبا بطل البيع عند أبى حنيفة لا عند أبى يوسف اه وينبغى على قياس هذا انه لو باع ثمرة بدون الشجرة ولم يدرك ولم يرض البائع باعارة الشجر أن يخير المشترى ان شاء أبطل البيع وان شاء قطعها ووجهه فيهما ان فى القطع اتلاف المال اذ لا ينتفع به وقوله لو باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع باجر مثلها مشكل لما قدمنا انه يجب على البائع قطعه وتسليم الارض فارغة وليس هذا مذهب الائمة الثلاثة من انه يؤخر التسليم الى الادراك لانهم لم يوجبوا أجر المثل فليتأمل (قوله ولو استثنى منها ارطالا لا معلومة صح) أى البيع والاستثناء لان ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل أو الشاة واطراف الحيوان فانه غير جائز كما اذا باع هذه الشاة الا أليتها أو هذا العبد الا يده وهذا هو المفهوم من ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز وهو أقيس بمذهب الامام فى

النخل باطلة وفى الحواشى السعدية ينبغى أن تجوز الاعارة ويدل عليه ما نقله العلامة الكاكى عن الجامع الاصغر اه وأقول وبه صرح فى جامع الفصولين حيث قال باع شجرا عليه ثمر أو كرما عليه عنب لا يدخل الثمر فلو استأجر الشجرة من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار الى الادراك فلو أبى المشترى يخير البائع ان شاء أبطل

وان شرط تركها على النخل فسد ولو استثنى منها ارطالا لا معلومة صح

البيع أو قطع الثمر اه فلا فرق يظهر بين المشترى والبائع اه وسيذكر المؤلف آخر القولة (قوله وقد ذكر أصحابنا هنا) قال الرملى يناسب ذكر هذا بعد قوله وفى الاول خلاف محمد فانه يقول استحسن أن لا يفسد بشرط الترك للعادة الخ (قوله وفى البخارى عن قتادة) قال الرملى هنا سقط وفى نسخة غيرهذه بياض متروك للحديث (قوله مشكل لما قدمنا الخ) قال فى النهر وجوابه انه محمول على ما اذا كان ذلك برضا المشترى (قوله وهو أقيس بمذهب الامام الخ) قال فى النهر يمكن أن يجاب بما قدمناه من أن الفساد عنده فى بيع الصبرة بناء على جهالة الثمن اذ المبيع معلوم بالاشارة وفيها لا يحتاج الى معرفة القدر والثمن فيما نحن فيه معلوم

مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم وانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لا
فى استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم تفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة
الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لا يفضى اليها يصح معها بل لا بد مع عدم الافضاء اليها فى الصحة من
كون المبيع على حدود الشرع ألا ترى ان المتبايعين قد يتراضيا على شرط لا يقتضيه العقد و
البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا كذا فى فتح القدير وفى المعراج وقيل
رواية الحسن والطحاوى محمولة على ما اذا لم يكن الثمر منتفعا به لانه ربما يصيبه آفة وليس فى
الا قدر المستثنى فيتطرق فيه الضرر اهـ ومحل الاختلاف ما اذا استثنى معينا فان استثنى جزأ كربع
وثلث فانه صحيح اتفاقا كذا فى البدائع ولذا قال فى الكتاب ارطالا معلومة وقيد بقوله منها أى من
الثمرة على رؤس النخيل لانه لو كان مجذوذا واستثنى منه ارطالا جاز اتفاقا وقيد بالارطال لا
استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز انه لا يكون
ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل كذا فى البناية وسيأتى فى البيع الفاسد الايراد على
القاعدة المذكورة فى استثناء الحمل وهو ان الايصاء بالخدمة منفردة جائز واستثناؤها لا و
الغلة وتذكر جوابه وهى قاعدة مطردة منعكسة كما فى البناية ولو باع صبرة بمائة الا عشر
تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لى فله تسعة اعشارها بتسعة اعشار الثمن خلا
لما روى عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن أبى يوسف لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على
ان هذه لى أو ولى هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقى بمائة ولو قال ولى نصفها كان النصف
ولو قال بعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز فى كله بالف وخمسمائة لان المعنى
باع نصفه بالف لانه الباقى بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لى
نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة فى صفقة كذا فى فتح القدير من البيع الفاسد
وسيأتى تمامه فى البيع الفاسد ان شاء الله تعالى قيدنا باستثناء بعض الثمار أو الصبرة لانه لو استثنى
شاة من قطيع بغير عينها أو ثوبا من عدل بغير عينه لا يجوز ولو استثنى واحدا بعينه جاز كذا فى
الخانية وفيها أبيعك دارا على ان لى طريقا من هذا الموضع الى باب الدار يكون فاسدا وكذا لو شرط
الطريق للاجنبى وبين موضعه وطوله وعرضه كان فاسدا ولو قال أبيعك هذه الدار الا طريقا
من هذا الموضع الى باب الدار ووصف الطول والعرض جاز البيع بشرط الطريق لنفسه أو
لان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا فيكون جميع الثمن بمقابلة غير المستثنى فلا يفسد أ
أما فى الاول جعل الثمن مقابلا بجميع الدار فاذا شرط منها طريقا لنفسه أو لغيره يسقط حصته من
الثمن وهو مجهول فيصير الباقى مجهولا ولو قال أبيعك دارى هذه بالف على ان لى هذا ا
لا يصح ولو قال الا هذا البيت جاز البيع ولو قال بعتك هذه الدار الا بناءها جاز البيع ولا يدخل
البناء فى البيع ولو باع أرضا الا هذه الشجرة بعينها بقرارها جاز البيع وللمشترى أن يمنع عن تدلى
أغصان الشجرة فى ملكه لان المستثنى مقدار غلظ الشجرة دون الزيادة رجلان اشتريا سيفا وتواضعا
على ان يكون الحلية لاحدهما وللآخر النصل كان السيف المحلى بينهما والخاتم مع الفص كذلك
ولو اشتريا دارا على ان لاحدهما الارض وللآخر البناء جاز كذلك ولو اشتريا بعيرا وتواضعا على
أن يكون لاحدهما رأسه وجلده وقوائمه وللآخر بدنه تواضعا فى ذلك ولم يذكر البائع شيأ فالكل
لصاحب البدن لان البدن أصل وغيره بمنزلة التبع ولو تواضعا على أن لاحدهما رأسه وجلده

(قوله ومحل الاختلاف ما اذا استثنى معينا الخ) وجه كون الارطال المعلومة معينة ان المراد بالرطل ما يكون قدره فى الوزن من الثمرة لا القطعة التى هى آلة الوزن وما يوضع فى الميزان ويقدر بالرطل شئ معين ليس جزأ شائعا فى جميع الثمرة بخلاف الربع والثلث مثلا كما يعلم مما مر فى قوله ويفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم (قوله لانه استثناء القليل من الكثير) مفاده انه لو علم ان الثمرة تبلغ قدرا كثيرا زائدا على ثلاثة ارطال أو عشرة مثلا بحيث يكون الباقى أكثر من المستثنى انه يصح تامل وفى الفتح ما يدل على انه لا يصح (قوله على القاعدة المذكورة) أى قوله ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه (قوله ووصف الطول والعرض) قال الرملى سيأتى فى شرح قوله وأمة على أن يعتق المشترى الى آخره ما يقتضى عدم اشتراط وصف الطول والعرض ويكون طريقه عرض باب الدار الخارجة والظاهر ان فى المسئلة روايتين

ونوابعه ولا آخر لحجه فهو بينهما نصفان لان كل واحد من ذلك لا يحتمل الافراد بالبيع وأحدهما ليس بأصل فكان الكل بينهما وفى التتارخانية لو قال أبيعك هذا الطعام بألف درهم الا عشرة أقفزة منها فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف البيع جائز وللمشترى الخيار اذا عزل منه العشرة أقفزة ولو باع بمائة الا دينارا كان البيع بتسعة وتسعين اشترى أمة وفى بطنها ولد لغير البائع بالوصية لرجل فاجاز صاحب الولد بيع الجارية جاز ولا شئ له من الثمن وان لم يجز لم يجز لان الجنين بمنزلة أجزاء الجارية ﴿تتمة﴾ منها لو باع نصف عبد مشترك جاز وانصرف الى نصيبه ولو أقر بنصفه انصرف الى النصفين اه وينبغى أن يكون الفرع الاول منها أعنى مسئلة الاستثناء العشرة الاقفزة مفرعا على رواية الحسن من عدم جواز البيع اذا استثنى من الثمرة أرطالا معلومة والا فهو مشكل لانه يصح ايراد العقد عليه بانفراده فكيف لا يصح استثناؤه ثم اعلم ان حاصل ما نقلناه فى هذه المسئلة يدور على أربع قواعد الاولى ما صح ايراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه سواء دخل فى المبيع تبعا كالبناء والشجر أولا وما لا فلا الثانية ما صح استثناؤه صح اشتراطه للبائع اذا كان من المقدرات وان كان من القيميات فلا الثالثة ما صح ايراد العقد عليه بانفراده صح اتفاقهما بعد العقد على ان يكون البعض لهذا والبعض لهذا كالبناء مع الارض وما لا فلا كالسيف والحلية الرابعة اذا استثنى ما يصح فان ذكر للمستثنى ثمنا لم يكن للاخراج وكان الثمن الاول والثانى كبعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة والا كان للاخراج من المبيع ولا يسقط من الثمن شئ وان كان شرطا فى المقدرات سقط ما قابله وقدمنا عن الظهيرية انه لو باع سفل داره على ان يكون له حق قرار العلو عليه فانه يجوز (قوله كبيع بر فى سنبله وباقلا فى قشره) أى صحيح لانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه فى قشره كالشعير وفى البناية ومن أكل الفولية يشهد بذلك وكذا الارز والسمسم والجوز واللوز والفستق ولا يجوز بيعه بمثله من سنبل الحنطة لاحتمال الربا كما فى فتح القدير وقدمنا انه لا يجوز بيع قصيل البر بحنطة والقصيل الشعير يجز أخضر لعلف الدواب كذا فى المصباح وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع ما فى هذا القطن من الحب أو ما فى هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه أيضا فى غلافه وأشار أبو يوسف الى الفرق بان النوى هنالك معتبر عدما هالكا فى العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وفى مسئلتنا لو باع بجنسه لا يجوز لشبهة الربا والصاغة جمع صائغ والمراد بيع برادة الذهب كما فى البناية وما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والعصير فى العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم فى العرف لا يقال هذا عصير وزيت فى محله وكذا الباقى واعلم ان الوجه يقتضى ثبوت الخيار بعد الاستخراج فى ذلك كله لانه لم يره كذا فى فتح القدير قيد ببيع الحنطة لانه لو باع تبن الحنطة فى سنبلها دون الحنطة لم ينعقد لانه لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد بخلاف الجذع فى السقف انه ينعقد حتى لو نزعه وسلمه أجبر على الاخذ وهنا لا كذا فى البدائع والمراد بتراب الصاغة التراب الذى فيه ذرات الذهب فلا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ولا ينصرف الى خلاف الجنس تحريا

(قوله وقدمنا عن الظهيرية انه لو باع الخ) قال الرملى ولا كذلك لو باع على ان يكون له حق المرور منه قياسا على ما سبق قريبا وهو ظاهر ولم أره (قوله ولا يجوز بيعه بمثله من سنبل الحنطة) قال الرملى أى بيع البر فى

كبيع بر فى سنبله وباقلا فى قشره

سنبله وسيأتى فى الربا ان بيع الحنطة الخالصة بحنطة فى سنبلها لا يجوز ويجب تقييده بما اذا لم تكن الحنطة الخالصة أكثر من التى فى سنبلها وقد صرح بذلك فى الخانية ويعلم بذلك انه يجوز بيع التى فى سنبلها معه بالاخرى التى فى سنبلها معه صرفا للجنس الى خلافه تامل (قوله وقدمنا انه لا يجوز بيع قصيل البر بحنطة) قال الرملى قدمه فى شرح قوله ويباع الطعام كيلا وجزافا وأقول قدم عن جامع الفصولين شراء قصيل البر بالبر كيلا وجزافا جائز لعدم الجناس ولعل حرف النفى من زيادة الكتاب تامل

الجواز كما في بيع درهم ودينار بدينار ودرهمين لان التراب ليس بمال متقوم كذا في المعراج
ولو اشترى تراب الصواغين بعرض ان وجد في التراب ذهبا أو فضة جاز بيعه لانه باع مالا متقوما
وان لم يجد شيأ من ذلك لا يجوز لان التراب غير مقصود وانما المقصود ما فيه من الذهب والفضة
وقال أبو يوسف لا ينبغي للصائغ أن يأكل ثمن التراب الذي باعه لان فيه مال الناس الا أن يكون
الصائغ قد رد الناس في متاعهم بقدر ما سقط منهم في التراب وكذا الدهان اذا باع الدهن وبقي من
الدهن شئ في الاوعية كذا في الخانية وفيها أيضا لو باع مائة من من حليج هذا القطن لا يجوز
ولو كانت الحنطة في سنبلها فباعها جاز ولا يجوز بيع النوى في التمر ولو باع حب قطن بعينه جاز
كذا اختاره الفقيه أبو الليث ولو اشترى البزر الذي في جوف البطيخ لا يجوز وان رضي صاحبه بان
يقطع البطيخ ولو ذبح شاة فباع كرشها قبل السلخ جاز وكان على البائع اخراجه وتسليمه الى المشتري
وللمشتري خيار الرؤية ولو ابتلعت دجاجة لؤلؤة فباع حبة اللؤلؤة التي في بطنها جاز ولا خيار للمشتري
ان كان رآها الا اذا تغيرت وان لم يكن المشتري رأى اللؤلؤة فله الخيار اذا رآها ولو اشترى لؤلؤة في
صدف قال أبو يوسف يجوز البيع وله الخيار اذا رأى وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى والباقلا
الفول والحليج بمعنى المحلوج وهو ما خلص حبه من قطنه وفي البزازية لو باع حنطة في سنبلها لزم
البائع الدوس والتذرية وكذا لو أطلق وله حنطة في سنبلها فصار حاصل ما نقلناه انه اذا باع شيأ
مستورا فان كان مستورا بما هو خلق فيه أولا والثاني شراء ما لم يره جائز عندنا والاول لا يخلو اما أن
يكون المبيع موجودا في العرف أو معدوما فان كان موجودا جاز كبيع حنطة في سنبلها وأرز
وسمسم وجوز ولوز وكرش شاة مذبوحة قبل سلخها ولؤلؤة في بطن دجاجة وان كان يقال في العرف
انه معدوم لم يجز كبيع حب قطن فيه ونوى تمر فيه ولبن في ضرع ولحم وشحم وألية في شاة وأكارع
وجلد فيها ودقيق في حنطة وزيت في زيتون وعصير في عنب ومحلوج قطن فيه ولؤلؤة في صدفة
على المفتى به وتبن حنطة في سنبلها (قوله وأجرة الكيل على البائع) يعني اذا بيع مكايلة وكذا
أجرة الوزان والعداد عليه والذراع لانه من تمام التسليم وتسليم المبيع عليه فكذا ما كان من تمامه
قيد بالكيل لان صب الحنطة في الوعاء على المشتري وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا قطع
العنب المشترى جزافا عليه وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين
المشتري وكذا قطع الثمر اذا خلى بينها وبين المشتري كذا في الخلاصة وأشار الى انه لو اشترى حنطة
في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وفي المعراج
والتبن للبائع واذا اشترى ثيابا في جراب ففتح الجراب على البائع واخراج الثياب على المشتري وقيل
كما يجب الكيل على البائع فالصب في وعاء المشتري يكون عليه أيضا وكذا لو اشترى ماء من سقاء
في قربة كان صب الماء على السقاء والمعتبر في هذا العرف كذا في الخانية وفي المجتبى لو اشترى وقر
حطب في المصر فالحمل على البائع (قوله وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري) لما ذكرنا ان الوزن
من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد
لان حق البائع تعلق به وما ذكره المصنف في نقد الثمن هو الصحيح كما في الخلاصة وهو ظاهر الرواية
كما في الخانية وبه كان يفتي الصدر الشهيد قال وبه يفتى الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرد
بعيب الزيافة فانه على البائع وأما أجرة نقد الدين فانه على المديون الا اذا قبض رب الدين الدين ثم
ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين لانه بالقبض دخل في ضمانه فالناقد انما غير ملكه ليسلم

وأجرة الكيل على البائع وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري

(قوله ولو باع حب قطن بعينه جاز) قال الرملي تقدم نقل عدم جوازه وسيأتي أيضا (قوله وفي البزازية لو باع حنطة في سنبلها الخ) الظاهر ان المراد باع الحنطة بعينها وما في المتن في بيعها مع السنبل لا بعينها تأمل (قوله كذا في الخلاصة) قال الرملي الذي في الخلاصة لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار اه كذا رأيت بخط شيخ الاسلام محمد الغزي رحمه الله تعالى اه

بذلك حقا له فالاجرة عليه وأطلق فى أجرة الناقد فشمل ما اذا قال المشترى دراهمى منتقدة أولا وهو الصحيح خلافا لمن فصل كذا فى الخانية وأما حكم الصيرفى اذا انتقد ثم ظهر ان فيها زيوفا فقال فى اجارات البزازية استأجره لينقد الدراهم فنقد ثم وجد ه زيوفا يرد الاجرة وان وجد البعض زيوفا يرد بقدره اه (قوله ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا) أى سلم الثمن قبل أن يتسلم المبيع لاقتضاء العقد المساواة وقد تعين حق المشترى فى المبيع فيسلم الثمن أولا ليتعين حق البائع تحقيقا للمساواة وفى البزازية باع بشرط أن يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقال محمد لا يصح لجهالة الاجل حتى لو سمى الوقت الذى يسلم فيه المبيع جاز اه ولابد من احضار السلعة ليعلم قيامها فاذا أحضرها البائع أمر المشترى بتسليم الثمن وله أن يمتنع عن دفعه اذا كان المبيع غائبا ولو عن المصر وفى السراج الوهاج بخلاف الرهن اذا كان فى موضع آخر غير موضع المتراهنين من حيث تلحقه المؤنة بالاحضار فانه لا يؤمر المرتهن باحضاره بل يسلم الراهن الدين اذا أقر المرتهن بقيام الرهن فان ادعى الراهن هلاكه فالقول قول المرتهن انه لم يهلك لكون الرهن أمانة فى يد المرتهن كالوديعة فلا يؤمر باحضاره اذا لحقه مؤنة وأما فى البيع فالثمن بدل الخ اه وفى آخر رهن الخانية ان المشترى اذا لقى البائع فى غير مصرهما وطلب منه تسليم المبيع ولم يقدر عليه يأخذ المشترى منه كفيلا أو يبعث وكيلا ينتقد الثمن له ثم يتسلم المبيع ولابد من كون الثمن حالا لانه لو كان مؤجلا لا يلزمه دفعه أولا وقدمنا أول الكتاب بعض مسائل التاجيل ولا بد أن لا يكون فى البيع خيار للمشترى فلو كان له ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل سقوطه وقد صرح به فى خيار الرؤية من القنية وفى فتح القدير من خيار الشرط وقد استفيد من كلامه ان للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن كله ولو بقى منه درهم الا أن يكون مؤجلا كما قدمناه فلو كان بعضه حالا و بعضه مؤجلا فله حبس المبيع الى استيفاء الحال ولو باعه شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد ثمنا فدفع المشترى حصة أحدهما كان للبائع حبسهما حتى يستوفى حصة الآخر ولو أبرأ المشترى عن بعض الثمن كان له الحبس حتى يستوفى الباقى لان البراءة كالاستيفاء ولا يسقط حقه فى الحبس بالرهن ولا بالكفيل و يسقط بحوالة البائع على المشترى بالثمن اتفاقا وكذا بحوالة المشترى البائع به على رجل عند أبى يوسف للبراءة كالايفاء وفرق محمد بينهما ببقاء مطالبة البائع فيما اذا كان محتالا وبسقوطها فيما اذا كان محيلا وكذا فرق محمد فى الرهن فقال ان أحال المرتهن بدينه على الراهن لم يبق له حق حبسه وان احتال به على رجل لم يسقط وتأجيل الثمن بعد البيع بالحال مسقط لحقه فى الحبس وكذا اذا كان الثمن مؤجلا فلم يقبض المشترى حتى حل سقط الحبس وقدمنا ان الاجل من وقت القبض عند الامام ان لم تكن السنة معينة وان كانت معينة ومضت فلا بقاء له اجماعا ومحل الاختلاف فيما اذا امتنع البائع من التسليم أما اذا لم يمتنع فابتداؤه من وقت العقد اجماعا ولو سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن سقط حقه فليس له بعده رده اليه ولو أعاره البائع له أو أودعه اياه على المشهور بخلاف المرتهن اذا أعار الرهن من الراهن فانه لا يبطل الرهن فله استرجاعه ولو قبضه المشترى بغير اذن لم يسقط حقه فى الحبس كذا فى السراج الوهاج والاجارة كالعارية والوديعة كما فى المحيط وفى الظهيرية المشترى اذا قبض المبيع قبل نقد الثمن والبائع براه ولم يمنعه من القبض كان اذنا وهى من مسائل السكوت وأما تصرف المشترى فى المبيع قبل قبضه فعلى وجهين قولى وحسى فالاول فان اعاره أو وهبه أو تصدق به أو رهنه وقبضه المرتهن جاز ولو باع أو آجر لا يجوز وقال محمد

(قوله وأما حكم الصيرفى اذا نقد ثم ظهر ان فيها زيوفا الخ) قال بعض الفضلاء سئل الامام الطورى عن انسان نقد دراهم عند صيرفى فظهرت زيوفا هل يضمن الصيرفى أم لا أجاب ان نقد بأجر وظهرت كلها زيوفا رجع عليه بالاجرة قال فى المحيط المنتقى رجل قال لصيرفى انقد لى ألف درهم ولك أجرة عشرة دراهم وانتقدها ثم وجد صاحبها مائة ستوقة أو زيوفا لا ضمان عليه ويرد

ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا

العشرة الاجرة لان المؤاجر لم يوف عمله وقال فى جنة الاحكام سئل أبو بكر عن رجل انتقد دراهم رجل ولم يحسن الانتقاد هل يجب عليه الضمان أم لا وهل يجب له الاجر قال لا ضمان عليه والبدل على من قبض منه المال ولا أجر للناقد وأنت خبير بان هذا مخالف لما نقله فى البحر عن البزازية حيث قال فى اجارة البزازية الخ قلت ورأيت فى الخانية ذكر مثل ما فى البزازية ذكر ذلك قبل باب البيع الفاسد (قوله ولو اعاره البائع له) الظاهر ان

رحمه الله كل تصرف يجوز من غير قبض اذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز وكل ما لا يجوز الا بالقبض كالهبة اذا فعله المشتري قبل القبض جاز ويصير المشتري قابضا كذا في الظهيرية ولو أودع المشتري من البائع أو أعاره أو آجره لم يكن قبضا ولو أودعه عند أجنبي أو أعاره وأمر البائع بالتسليم اليه كان قبضا كذا في المحيط وفي الخانية لو قال المشتري للغلام تعال معي وامش فتخطى معه فهو قبض ولو قال البائع للمشتري بعد البيع خذ لا يكون قبضا ولو قال خذه يكون تخلية اذا كان يصل الى أخذه ولو دفع بعض الثمن وقال للبائع تركته عندك رهنا على الباقي أو قال تركته وديعة عندك لا يكون قبضا اهـ واعتاق المبيع قبل القبض قبض ولو اشترى حاملا فاعتق ما في بطنها لا يكون قبضا لاحتمال انه لم يصح اعتاقه فلم يصر متلفا وأما الثاني فالمشتري اذا أتلف المبيع أو أحدث فيه عيبا قبل القبض يصير قابضا وكذا لو أمر البائع بذلك ففعل البائع واذا أمر المشتري البائع بطحن الحنطة فطحن صار قابضا والدقيق للمشتري كذا في الخانية ووطء المشتري الجارية قبض ان حبلت والا فله حبسها فان منعها البائع تموت من ماله ولا عقر عليه لانه وطئ ملك نفسه وان نقصها الوطء تأكد عليه حصة النقصان من الثمن ولو زوجها المشتري صار قابضا قياسا لا استحسانا وكذا لو أقر عليه بدين ولو أرسل المشتري العبد في حاجته صار قابضا فلو أمر البائع أن يأمر العبد بعمل فأمره صار قابضا كما لو أمره أن يؤجره لانسان وما يأخذ البائع من الاجر محسوب عليه من الثمن ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله معه فهلكت فهي على المشتري وركوبه قبض كذا في المحيط وأما أمره للبائع بفعل شئ قبل القبض ففي الخانية لو قال للبائع بعها أو طأها أو كل الطعام ففعل فانه يكون فسخا للبيع وما لم يفعله لا ينفسخ ولكن البيع على ثلاثة أوجه فان قال بعه لنفسك فباعه انفسخ ولو قال بعه لي لا يجوز البيع ولا ينفسخ ولو قال بعه أو بعه ممن شئت فباعه انفسخ وجاز البيع الثاني للمأمور في قول محمد وقال أبو حنيفة لا يكون فسخا كقوله بعه لي ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال للبائع بعه قال الامام الفضلي ان كان قبل القبض والرؤية كان فسخا وان لم يقل البائع نعم لان المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية وان قال بعه لي أي كن وكيلا في الفسخ فان لم يقل البائع ولم يقل نعم لا يكون فسخا وان كان بعد القبض والرؤية لا يكون فسخا ويكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لي اهـ وفي البناية اشترى دهنا ودفع قارورة ليزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشتري فهو قبض وكذا بغيبته في الاصح وكذا كل مكيل أو موزون اذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه في وعائه بامره ولو غصب شيئا ثم اشتراه صار قابضا وليس للبائع حبسه بخلاف الوديعة والعارية الا اذا وصل اليه بعد التخلية ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها فيه وفي الظهيرية والبزازية دفع الى قصاب درهما وقال اعطني بهذا الدرهم لحما وزنه وضعه في هذا الزنبيل في حانوتك حتى أجيء بعد ساعة ففعل القصاب ذلك فاكلت الهرة اللحم قال الشيخ الامام الفضلي ان لم يبين موضع القطع كان الهلاك على القصاب وان بين فقال من الجنب أو من الذراع كان الهلاك على المشتري وهذا بخلاف ما قدمناه فان المشتري انما يصير قابضا اذا كان الوزن بحضرته وهنا قال يصير قابضا وان لم يكن الوزن بحضرته وهكذا ذكر في الجامع الصغير فكان في المسئلة روايتان اهـ وأما ما يصير به قابضا حقيقة ففي التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه بغير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول

الصواب ابدال البائع بالمشتري (قوله يجوز من غير قبض) صفة لتصرف وذلك كالبيع والاجارة فانهما يجوزان بلا قبض فاذا فعل المشتري أحدهما قبل القبض لا يجوز بخلاف الهبة ونحوها فانها لا تجوز قبل القبض فاذا فعلها المشتري قبل القبض جازت (قوله وفي البناية اشترى دهنا الخ) تمام هذا النوع من جنس هذه المسئلة في البزازية قبيل الثالث عشر من البيوع

بحق غيره فلو كان المبيع شاغلا كالحنطة فى جوالق البائع لم يمنعه وفى القنية لو باع حنطة فى سنبلها فخلّاها كذلك لم يصح كقطن فى فراش ويصح تسليم ثمار الأشجار وهى عليها بالتخلية وان كانت متصلة بملك البائع وعن الوبرى المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان أبو حنيفة يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشترى وهو عند البائع قبضته فلو أخذ برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كانت أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشترى تعال معى أو امش فخطى معه فهو قبض وكذا لو أرسله فى حاجته وفى الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض فى البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة فى بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيأ لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهى أن تكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهى بعيدة وأطلق فى المحيط ان بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعيدا عنهما وقال الحلوانى ذكر فى النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشترى ان كان بقرب منها يصير قابضا وان كان بعيدا لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفى جامع شمس الائمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهما عند أبى حنيفة خلافا لهما وفى جمع النوازل دفع المفتاح فى بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا فى السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه فى دن وخلى بينه وبين المشترى فى دار المشترى وختم المشترى على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا فى بيت والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت الريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشترى فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط فى الفتح ولو اشترى فرسا فى حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشترى الباب فذهبت الفرس ان أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسئلة الطير وفى مكان آخر من غير عون ولا حبل وان اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشترى احملنى معك فحمله فعطبت هلكت على المشترى قال القاضى الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشترى فى السرج يكون قابضا والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشترى فيها اه كذا فى فتح القدير ثم اعلم ان ما ذهب اليه الامام الحلوانى من عدم صحة تخلية البعيد هو ظاهر الرواية كما فى الخانية والظهيرية وفى الخانية والصحيح ظاهر الرواية وفى الظهيرية والاعتماد على ما ذكرنا فى ظاهر الرواية زاد فى الخانية وكذا الهبة والصدقة اه فقد علمت ضعف ما فى المحيط وجامع شمس الائمة وعلى هذا تخلية البعيد فى الاجارة غير صحيحة فكذا الاقرار بتسلمها وفى النهاية معزيا الى الغاية ان القبض فى العقار بالتخلية وفى المنقول بالنقل الى مكان لا يختص بالبائع وفى البزازية عشرة أشياء لو فعلها البائع باذن المشترى كان قابضا الامر بختان الغلام والجارية والفصد وقطع عرف الفرس أو كان ثوبا فامره بالقصارة أو الغسل أو مكعبا فامره بنعله أو نعلا فامره بحذائه أو طعاما فامره بالطبخ أو دارا فاستأجرها من البائع أو جارية فامره بتزويجها فزوجها ودخل

(قوله وأما ما يصير به قابضا حقيقة) فيه نظر والظاهر ان يقول حكما بدل قوله حقيقة لان حقيقة القبض التسلم باليد والتخلية المذكورة ليست كذلك بل غايتها التمكن من حقيقة القبض (قوله وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره) فى جامع الفصولين فى الفصل الثانى والثلاثين باع المستأجر ورضى المشترى أن لا يفسخ الشراء الى مضى مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشترى بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم وكذا لو شرى غائبا لا يطالبه بثمنه ما لم يتهيأ المبيع للتسليم اه (قوله وكذا لو اشترى بقرا فى السرح) قال الرملى يجب أن يقيد بامكان أخذه من غير عون

بها الزوج صار قابضا و بلا دخول لا يصير قابضا وكذا لو زوجها المشترى لا يصير قابضا ودخول الزوج وفعل المشترى واحدا من هذه العشرة بعد علمه بالعيب يمنع الرد والرجوع بالنقص ولو استأجر المشترى البائع لغسل الثوب أو قطعه ان كان ذلك ينقص المبيع صار قابضا وان قال له اعتقه فاعتقه البائع قبل قبضه عنه جاز عند الامام ومحمد خلافا للثانى ولو أمر البائع ان يطرحه فى الماء فطرحه صار قابضا بخلاف ما اذا أمر المديون أن يطرح الدين فى الماء فطرحه لا يكون مؤديا وكذا لو استقرضه كذا فجاء به فامره بصبه فى الماء فصبه المقترض كان له منه ولو دفع البائع المبيع لمنكوحة المشترى لا يكون قابضا اهـ وفى البزازية أيضا قبض المشترى بلا اذن البائع قبل نقد الثمن وبنى أو غرس أو ثوبا فصبغه ملك الاسترداد وان تلف عند البائع ضمن ما زاد البناء والصبغ المشترى المفلس دبر أو أعتق المشترى قبل قبضه جاز ولا سعاية على الغلام الا عند الثانى فان كاتبه أو آجره أو رهنه قبل قبضه ونقد الثمن أبطل القاضى هذه التصرفات ان شاء البائع فان نقده قبل الابطال جازت الكتابة وبطل الرهن والاجارة ولو جارية فوطئها المشترى فحبلت أو ولدت لا يتمكن البائع من الحبس وان لم تلد ولم تحبل له الحبس فان ماتت فى يد البائع ان أخذت بمعاقبة البائع والا فمن المشترى لعدم نقص القبض قال عبد لمولاه اشتريت نفسى منك فباع المولى صح ولا يملك المولى حبسه لاستيفاء الثمن لانه صار قابضا بنفس العقد كمن اشترى دارا وهو ساكن فيه يصير قابضا بالشراء ولا يملك البائع الحبس وكذا لو وكل أجنبى العبد ليشتريه من مولاه له فأعلم المولى واشترى نفسه له لا يملك البائع حبسه للثمن لعود الحقوق الى العبد الوكيل اهـ وفيها أيضا قبض المشترى المشترى قبل نقده بلا اذنه فطلبه منه فخلى بينه وبين البائع لا يكون قبضا حتى يقبضه بيده بخلاف ما اذا خلى البائع بينه وبين المشترى اهـ وسنتكلم على هلاك المبيع ان شاء الله تعالى فى خيار الشرط ومحله هنا ولكن تركناه خوف الاطالة وفى الولوالجية باعه حبا فى بيت ولا يمكن اخراجه الا بقلع الباب أجبر البائع على تسليمه خارجا من البيت لان التسليم واجب فيجبر عليه ولو أمره بقبض الفرس والبائع ممسك بعنانه ففر من يدهما كان على المشترى لان تسليم الفرس كذلك يكون (قوله والا معا) أى وان لم يكن المبيع عينا والثمن دينا فان البائع يسلم المبيع مع تسليم المشترى الثمن وهو صادق بثلاث صور احداها أن يكونا ثمنين الثانية أن يكونا عينين الثالثة أن يكون المبيع دينا والثمن سلعة وهو ليس بمراد هنا لانه من باب السلم فان المبيع فيه هو المسلم فيه وهو دين والواجب أولا تسليم العين وهو رأس المال كان البيع اذا وقع بثمن مؤجل فالواجب أولا تسليم العين والله أعلم

تم

﴿تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله باب خيار الشرط﴾

والا معا

(قوله وفى المنقول بالنقل الى مكان لا يختص بالبائع) هذا مخالف لكثير من الفروع المارة (قوله ولو أمر البائع الخ) قال الرملى عبارة البزازية جاء بالمبيع الى المشترى فامر البائع أن يطرحه فى الماء الخ يعلم بقوله جاء بالمبيع الى المشترى انه لو لم يجئ به اليه لا يصير قابضا تنبه